COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE RELATIVE À L'APPLICATION DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE

(BOSNIE-HERZÉGOVINE c. YOUGOSLAVIE)

EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

ARRÊT DU 11 JUILLET 1996

1996

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE

(BOSNIA AND HERZEGOVINA *v.* YUGOSLAVIA)

PRELIMINARY OBJECTIONS

JUDGMENT OF 11 JULY 1996

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE RELATIVE À L'APPLICATION DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE

(BOSNIE-HERZÉGOVINE c. YOUGOSLAVIE)

EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

ARRÊT DU 11 JUILLET 1996

1996

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE

(BOSNIA AND HERZEGOVINA *v.* YUGOSLAVIA)

PRELIMINARY OBJECTIONS

JUDGMENT OF 11 JULY 1996

Mode officiel de citation:

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 595

Official citation:

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 595

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070744-3

N° de vente:
Sales number **680**

11 JUILLET 1996

ARRÊT

APPLICATION DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE

(BOSNIE-HERZÉGOVINE c. YOUGOSLAVIE)

EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE

(BOSNIA AND HERZEGOVINA *v.* YUGOSLAVIA)

PRELIMINARY OBJECTIONS

11 JULY 1996

JUDGMENT

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

1996
11 juillet
Rôle général
n° 91

ANNÉE 1996

11 juillet 1996

AFFAIRE RELATIVE À L'APPLICATION DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE

(BOSNIE-HERZÉGOVINE c. YOUGOSLAVIE)

EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

Compétence de la Cour — Retrait de la quatrième exception préliminaire de la Yougoslavie — Article IX de la convention sur le génocide:

a) *Compétence* ratione personae — *Intention exprimée par la Yougoslavie de demeurer liée par les traités auxquels était partie l'ex-Yougoslavie — Il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide — Notification de succession adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies par la Bosnie-Herzégovine — Accession à l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine et admission aux Nations Unies — L'article XI de la convention sur le génocide ouvre celle-ci à « tout Membre des Nations Unies » — La Bosnie-Herzégovine pouvait devenir partie à la convention sur le génocide par l'effet du mécanisme de la succession d'Etats — Défaut de reconnaissance mutuelle des Parties au moment du dépôt de la requête — Article X des accords de Dayton-Paris — Principe selon lequel la Cour ne doit pas sanctionner un défaut qui affecterait un acte de procédure et auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède.*

b) *Compétence* ratione materiae — *Existence d'un différend juridique — Différend entrant dans les prévisions de l'article IX de la convention sur le génocide — Applicabilité de la convention sans considération particulière pour les circonstances liées au caractère interne ou international d'un conflit — La question de savoir si la Yougoslavie a été partie prenante au conflit en cause relève du fond — L'obligation qu'a chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention — L'article IX n'exclut aucune forme de responsabilité d'Etat sous l'empire de la convention.*

c) *Etendue* ratione temporis *de la compétence de la Cour.*

Bases supplémentaires de compétence invoquées par la Bosnie-Herzégovine — Lettre du 8 juin 1992 des présidents du Monténégro et de Serbie — Traité

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 1996

11 July 1996

1996
11 July
General List
No. 91

CASE CONCERNING APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE

(BOSNIA AND HERZEGOVINA *v.* YUGOSLAVIA)

PRELIMINARY OBJECTIONS

Jurisdiction of the Court — Withdrawal of the fourth preliminary objection of Yugoslavia — Article IX of the Genocide Convention:

(a) *Jurisdiction* ratione personae *— Intention expressed by Yugoslavia to remain bound by the treaties to which the former Yugoslavia was party — It has not been contested that Yugoslavia was party to the Genocide Convention — Notice of Succession addressed by Bosnia and Herzegovina to the Secretary-General of the United Nations — Accession to independence of Bosnia and Herzegovina and admission to the United Nations — Article XI of the Genocide Convention opens it to "any Member of the United Nations" — Bosnia and Herzegovina could become a party to the Genocide Convention through the mechanism of State succession — Lack of mutual recognition of the Parties at the time of filing of the Application — Article X of the Dayton-Paris Agreement — Principle whereby the Court should not penalize a defect in a procedural act which the applicant could easily remedy.*

(b) *Jurisdiction* ratione materiae *— Existence of a legal dispute — Dispute falling within the provisions of Article IX of the Genocide Convention — Applicability of the Convention without reference to the circumstances linked to the domestic or international nature of the conflict — The question whether Yugoslavia took part in the conflict at issue belongs to the merits — The obligation each State has to prevent and punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention — Article IX does not exclude any form of State responsibility under the Convention.*

(c) *Scope* ratione temporis *of the jurisdiction of the Court.*

Additional bases of jurisdiction invoked by Bosnia and Herzegovina — Letter of 8 June 1992 from the Presidents of Montenegro and Serbia — Treaty

entre les Puissances alliées et associées et le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes du 10 septembre 1919 — Acquiescement à la compétence de la Cour sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide — Forum prorogatum.

Recevabilité de la requête — Evénements survenus, le cas échéant, dans un contexte de guerre civile — Chef d'Etat présumé pouvoir agir au nom de l'Etat dans ses relations internationales et reconnu comme tel.

Absence d'abus des droits tirés par la Yougoslavie du paragraphe 6 de l'article 36 du Statut et de l'article 79 du Règlement.

ARRÊT

Présents: M. BEDJAOUI, *Président*; M. SCHWEBEL, *Vice-Président*; MM. ODA, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, WEERAMANTRY, RANJEVA, HERCZEGH, SHI, KOROMA, VERESHCHETIN, FERRARI BRAVO, PARRA-ARANGUREN, *juges*; MM. LAUTERPACHT, KREĆA, *juges* ad hoc; M. VALENCIA-OSPINA, *Greffier*.

En l'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide,

entre

la République de Bosnie-Herzégovine,

représentée par

S. Exc. M. Muhamed Sacirbey, ambassadeur et représentant permanent de la République de Bosnie-Herzégovine auprès de l'Organisation des Nations Unies,

comme agent;

M. Phon van den Biesen, avocat au barreau d'Amsterdam,

comme agent adjoint, conseil et avocat;

M. Thomas M. Franck, professeur à la faculté de droit et directeur du centre d'études internationales de l'Université de New York,
M. Alain Pellet, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre et à l'Institut d'études politiques de Paris,
M^me^ Brigitte Stern, professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne),

comme conseils et avocats;

M. Khawar M. Qureshi, membre du barreau d'Angleterre, *Lecturer in Law* au King's College de Londres,
M^me^ Vasvija Vidović, ministre-conseiller à l'ambassade de la République de Bosnie-Herzégovine aux Pays-Bas, représentant de la République de Bosnie-Herzégovine auprès du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie,
M. Marc Weller, directeur adjoint des études au centre d'études internationales de l'Université de Cambridge, membre de la faculté de droit de l'Université de Cambridge,

comme conseils;

between the Allied and Associated Powers and the Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes of 10 September 1919 — Acquiescence in the jurisdiction of the Court on the basis of Article IX of the Genocide Convention — Forum prorogatum.

Admissibility of the Application — Events that might have taken place in a context of civil war — Head of State presumed to be able to act on behalf of the State in its international relations and recognized as such.

Absence of abuse of the rights of Yugoslavia under Article 36, paragraph 6, of the Statute and Article 79 of the Rules of Court.

JUDGMENT

Present: *President* BEDJAOUI; *Vice-President* SCHWEBEL; *Judges* ODA, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, WEERAMANTRY, RANJEVA, HERCZEGH, SHI, KOROMA, VERESHCHETIN, FERRARI BRAVO, PARRA-ARANGUREN; *Judges* ad hoc LAUTERPACHT, KREĆA; *Registrar* VALENCIA-OSPINA.

In the case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,

between

the Republic of Bosnia and Herzegovina,

represented by

H.E. Mr. Muhamed Sacirbey, Ambassador and Permanent Representative of the Republic of Bosnia and Herzegovina to the United Nations,

as Agent;

Mr. Phon van den Biesen, Attorney in Amsterdam,

as Deputy-Agent, Counsel and Advocate;

Mr. Thomas M. Franck, Professor at the School of Law and Director, Center for International Studies, New York University,

Mr. Alain Pellet, Professor, University of Paris X-Nanterre and Institute of Political Studies, Paris,

Ms Brigitte Stern, Professor, University of Paris I (Panthéon-Sorbonne),

as Counsel and Advocates;

Mr. Khawar M. Qureshi, Member of the English Bar, Lecturer in Law, King's College, London,

Ms Vasvija Vidović, Minister-Counsellor, Embassy of Bosnia and Herzegovina in the Netherlands, Representative of the Republic of Bosnia and Herzegovina at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia,

Mr. Marc Weller, Assistant Director of Studies, Centre for International Studies, University of Cambridge, Member of the Faculty of Law of the University of Cambridge,

as Counsel;

M. Pierre Bodeau, allocataire-moniteur à l'Université de Paris X-Nanterre,
M. Michiel Pestman, avocat au barreau d'Amsterdam,
M. Thierry Vaissière, chercheur au Cedin-Paris I (Panthéon-Sorbonne),

comme conseillers;

M. Hervé Ascencio, allocataire-moniteur à l'Université de Paris X-Nanterre,

M^me^ Marieke Drenth,
M^me^ Froana Hoff,
M. Michael Kellogg,
M. Harold Kocken,
M^me^ Nathalie Lintvelt,
M. Sam Muller,
M. Joop Nijssen,
M. Eelco Szabó,

comme assistants,

et

la République fédérative de Yougoslavie,

représentée par

M. Rodoljub Etinski, conseiller juridique principal au ministère des affaires étrangères de la République fédérative de Yougoslavie, professeur de droit international à l'Université de Novi Sad,
M. Djordje Lopičić, chargé d'affaires à l'ambassade de la République fédérative de Yougoslavie aux Pays-Bas,

comme agents;

M. Ian Brownlie, C.B.E., F.B.A., Q.C., professeur de droit international public, titulaire de la chaire Chichele à l'Université d'Oxford,
M. Miodrag Mitić, ancien ministre adjoint des affaires étrangères de la République fédérative de Yougoslavie,
M. Eric Suy, professeur à l'Université catholique de Louvain (K.U. Leuven), ancien Secrétaire général adjoint et conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies,

comme conseils et avocats;

M. Stevan Djordjević, professeur de droit international à l'Université de Belgrade,
M. Shabtai Rosenne, membre du barreau d'Israël,
M. Gavro Perazić, professeur de droit international à l'Université Podgorica,

comme conseils,

LA COUR,

ainsi composée,

après délibéré en chambre du conseil,

rend l'arrêt suivant:

1. Le 20 mars 1993, le Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine (dénommée ci-après la «Bosnie-Herzégovine») a déposé au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre le Gouvernement de la Répu-

Mr. Pierre Bodeau, Research Assistant/Tutor, University of Paris X-Nanterre,
Mr. Michiel Pestman, Attorney in Amsterdam,
Mr. Thierry Vaissière, Research Student, Cedin-Paris I (Panthéon-Sorbonne),

as Counsellors;

Mr. Hervé Ascencio, Research Assistant/Tutor, University of Paris X-Nanterre,
Ms Marieke Drenth,
Ms Froana Hoff,
Mr. Michael Kellogg,
Mr. Harold Kocken,
Ms Nathalie Lintvelt,
Mr. Sam Muller,
Mr. Joop Nijssen,
Mr. Eelco Szabó,

as Assistants,

and

the Federal Republic of Yugoslavia,

represented by

Mr. Rodoljub Etinski, Chief Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs of the Federal Republic of Yugoslavia, Professor of International Law, Novi Sad University,
Mr. Djordje Lopičić, Chargé d'Affaires, Embassy of the Federal Republic of Yugoslavia in the Netherlands,

as Agents;

Mr. Ian Brownlie, C.B.E., F.B.A., Q.C., Chichele Professor of Public International Law, University of Oxford,
Mr. Miodrag Mitić, Assistant Federal Minister for Foreign Affairs of the Federal Republic of Yugoslavia (Ret.),
Mr. Eric Suy, Professor, Catholic University of Louvain (K.U. Leuven), formerly Under-Secretary-General and Legal Counsel of the United Nations,

as Counsel and Advocates;

Mr. Stevan Djordjević, Professor of International Law, Belgrade University,

Mr. Shabtai Rosenne, Member of the Israel Bar,
Mr. Gavro Perazić, Professor of International Law, Podgorica University,

as Counsel,

THE COURT,

composed as above,

after deliberation,

delivers the following Judgment:

1. On 20 March 1993, the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina (hereinafter called "Bosnia and Herzegovina") filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the Government of

blique fédérative de Yougoslavie (dénommée ci-après la «Yougoslavie») au sujet d'un différend concernant d'une part une série de violations alléguées de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (dénommée ci-après la «convention sur le génocide»), adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1948, et d'autre part diverses questions qui, selon la Bosnie-Herzégovine, seraient liées à ces violations. La requête invoquait comme base de compétence de la Cour l'article IX de la convention sur le génocide.

2. Conformément au paragraphe 2 de l'article 40 du Statut, la requête a été immédiatement communiquée au Gouvernement yougoslave par le Greffier; conformément au paragraphe 3 de cet article, tous les Etats admis à ester devant la Cour ont été informés de la requête.

3. Conformément à l'article 43 du Règlement, le Greffier a adressé la notification prévue au paragraphe 1 de l'article 63 du Statut à tous les Etats qui sont apparus comme étant parties à la convention sur le génocide selon les informations communiquées par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en tant que dépositaire; le Greffier a en outre adressé au Secrétaire général la notification prévue au paragraphe 3 de l'article 34 du Statut.

4. Le 20 mars 1993, dès après le dépôt de sa requête, la Bosnie-Herzégovine a présenté une demande en indication de mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut. Le 31 mars 1993, l'agent de la Bosnie-Herzégovine a déposé au Greffe, en l'invoquant comme base supplémentaire de compétence de la Cour en l'espèce, le texte d'une lettre en date du 8 juin 1992 adressée au président de la commission d'arbitrage de la conférence internationale pour la paix en Yougoslavie par les présidents des Républiques du Monténégro et de Serbie.

Le 1er avril 1993, la Yougoslavie a présenté des observations écrites sur la demande de mesures conservatoires de la Bosnie-Herzégovine, dans lesquelles elle a à son tour recommandé à la Cour d'indiquer à la Bosnie-Herzégovine des mesures conservatoires.

Par une ordonnance en date du 8 avril 1993, la Cour, après avoir entendu les Parties, a indiqué certaines mesures conservatoires à l'effet de protéger des droits conférés par la convention sur le génocide.

5. Par une ordonnance en date du 16 avril 1993, le Président de la Cour a fixé au 15 octobre 1993 la date d'expiration du délai pour le dépôt du mémoire de la Bosnie-Herzégovine et au 15 avril 1994 la date d'expiration du délai pour le dépôt du contre-mémoire de la Yougoslavie.

6. La Cour ne comptant sur le siège aucun juge de la nationalité des Parties, chacune d'elles s'est prévalue du droit que lui confère le paragraphe 3 de l'article 31 du Statut de procéder à la désignation d'un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire: la Bosnie-Herzégovine a désigné M. Elihu Lauterpacht, et la Yougoslavie M. Milenko Kreća.

7. Le 27 juillet 1993, la Bosnie-Herzégovine a présenté une nouvelle demande en indication de mesures conservatoires; et, par une série de communications ultérieures, elle a fait savoir qu'elle entendait modifier ou compléter cette demande, ainsi que, dans certains cas, la requête, y compris la base de compétence y invoquée. Par des lettres du 6 août et du 10 août 1993, l'agent de la Bosnie-Herzégovine a indiqué que son gouvernement entendait invoquer comme bases supplémentaires de compétence de la Cour en l'espèce, respectivement, le traité entre les Puissances alliées et associées et le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes sur la protection des minorités, signé à Saint-Germain-en-Laye

the Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter called "Yugoslavia") in respect of a dispute concerning alleged violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (hereinafter called "the Genocide Convention"), adopted by the General Assembly of the United Nations on 9 December 1948, as well as various matters which Bosnia and Herzegovina claims are connected therewith. The Application invoked Article IX of the Genocide Convention as the basis of the jurisdiction of the Court.

2. Pursuant to Article 40, paragraph 2, of the Statute, the Application was immediately communicated to the Yugoslav Government by the Registrar; pursuant to paragraph 3 of that Article, all States entitled to appear before the Court were notified of the Application.

3. Pursuant to Article 43 of the Rules of Court, the Registrar addressed the notification provided for in Article 63, paragraph 1, of the Statute to all the States which appeared to be parties to the Genocide Convention on the basis of the information supplied by the Secretary-General of the United Nations as depositary; he also addressed to the Secretary-General the notification provided for in Article 34, paragraph 3, of the Statute.

4. On 20 March 1993, immediately after the filing of its Application, Bosnia and Herzegovina submitted a request for the indication of provisional measures under Article 41 of the Statute. On 31 March 1993, the Agent of Bosnia and Herzegovina filed in the Registry, invoking it as an additional basis of the jurisdiction of the Court in the case, the text of a letter dated 8 June 1992, addressed to the President of the Arbitration Commission of the International Conference for Peace in Yugoslavia by the Presidents of the Republics of Montenegro and Serbia.

On 1 April 1993, Yugoslavia submitted written observations on Bosnia and Herzegovina's request for provisional measures, in which, in turn, it recommended the Court to order the application of provisional measures to Bosnia and Herzegovina.

By an Order dated 8 April 1993, the Court, after hearing the Parties, indicated certain provisional measures with a view to the protection of rights under the Genocide Convention.

5. By an Order of 16 April 1993, the President of the Court fixed 15 October 1993 as the time-limit for the filing of the Memorial of Bosnia and Herzegovina and 15 April 1994 as the time-limit for the filing of the Counter-Memorial of Yugoslavia.

6. Since the Court included upon the Bench no judge of the nationality of the Parties, each of them exercised its right under Article 31, paragraph 3, of the Statute of the Court to choose a judge *ad hoc* to sit in the case: Bosnia and Herzegovina chose Mr. Elihu Lauterpacht, and Yugoslavia chose Mr. Milenko Kreća.

7. On 27 July 1993, Bosnia and Herzegovina submitted a new request for the indication of provisional measures; and, by a series of subsequent communications, it stated that it was amending or supplementing that request, as well as, in some cases, the Application, including the basis of jurisdiction relied on therein. By letters of 6 August and 10 August 1993, the Agent of Bosnia and Herzegovina indicated that his Government was relying, as additional bases of the jurisdiction of the Court in the case, on, respectively, the Treaty between the Allied and Associated Powers and the Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes on the Protection of Minorities, signed at Saint-Germain-en-Laye on

le 10 septembre 1919, et le droit international de la guerre coutumier et conventionnel ainsi que le droit international humanitaire; et, par une lettre du 13 août 1993, l'agent de la Bosnie-Herzégovine a confirmé la volonté de son gouvernement d'invoquer au même titre la lettre susvisée des présidents du Monténégro et de Serbie, en date du 8 juin 1992 (voir paragraphe 4 ci-dessus).

Le 10 août 1993, la Yougoslavie a également présenté une demande en indication de mesures conservatoires; et, les 10 août et 23 août 1993, elle a déposé des observations écrites sur la nouvelle demande de la Bosnie-Herzégovine, telle que modifiée ou complétée.

Par une ordonnance en date du 13 septembre 1993, la Cour, après avoir entendu les Parties, a réaffirmé les mesures indiquées dans son ordonnance du 8 avril 1993 et a déclaré que ces mesures devaient être immédiatement et effectivement mises en œuvre.

8. Par une ordonnance en date du 7 octobre 1993, le Vice-Président de la Cour, à la demande de la Bosnie-Herzégovine, a reporté au 15 avril 1994 la date d'expiration du délai pour le dépôt du mémoire; la date d'expiration du délai pour le dépôt du contre-mémoire a été reportée, par la même ordonnance, au 15 avril 1995. La Bosnie-Herzégovine a dûment déposé son mémoire dans le délai ainsi prorogé.

9. Par une ordonnance en date du 21 mars 1995, le Président de la Cour, à la demande de la Yougoslavie, a reporté au 30 juin 1995 la date d'expiration du délai pour le dépôt du contre-mémoire. Dans le délai ainsi prorogé, la Yougoslavie, se référant au paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement, a présenté des exceptions préliminaires portant, respectivement, sur la recevabilité de la requête et sur la compétence de la Cour pour connaître de l'affaire. En conséquence, par une ordonnance en date du 14 juillet 1995, le Président de la Cour, constatant qu'en vertu des dispositions du paragraphe 3 de l'article 79 du Règlement la procédure sur le fond était suspendue, a fixé au 14 novembre 1995 la date d'expiration du délai dans lequel la Bosnie-Herzégovine pourrait présenter un exposé écrit contenant ses observations et conclusions sur les exceptions préliminaires soulevées par la Yougoslavie. La Bosnie-Herzégovine a déposé un tel exposé dans le délai ainsi fixé, et l'affaire s'est trouvée en état pour ce qui est des exceptions préliminaires.

10. Par une lettre en date du 2 février 1996, l'agent de la Yougoslavie a soumis à la Cour, «comme document pertinent aux fins de l'affaire», le texte de l'accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine et ses annexes (appelés collectivement «accord de paix»), paraphés à Dayton (Ohio) le 21 novembre 1995 et signés à Paris le 14 décembre 1995 (ci-après dénommés les «accords de Dayton-Paris»).

11. Conformément au paragraphe 2 de l'article 53 du Règlement, la Cour a décidé de rendre accessibles au public, à l'ouverture de la procédure orale, les pièces de procédure et documents y annexés.

12. Des audiences publiques ont été tenues entre le 29 avril et le 3 mai 1996, au cours desquelles ont été entendus en leurs plaidoiries et réponses:

Pour la Yougoslavie: M. Rodoljub Etinski,
M. Miodrag Mitić,
M. Djordje Lopičić,
M. Eric Suy,
M. Ian Brownlie,
M. Gavro Perazić.

10 September 1919, and on customary and conventional international laws of war and international humanitarian law; and, by a letter of 13 August 1993, the Agent of Bosnia and Herzegovina confirmed his Government's desire to rely, on the same basis, on the aforementioned letter from the Presidents of Montenegro and Serbia, dated 8 June 1992 (see paragraph 4 above).

On 10 August 1993, Yugoslavia also submitted a request for the indication of provisional measures; and, on 10 August and 23 August 1993, it filed written observations on Bosnia and Herzegovina's new request, as amended or supplemented.

By an Order dated 13 September 1993, the Court, after hearing the Parties, reaffirmed the measures indicated in its Order of 8 April 1993 and declared that those measures should be immediately and effectively implemented.

8. By an Order dated 7 October 1993, the Vice-President of the Court, at the request of Bosnia and Herzegovina, extended to 15 April 1994 the time-limit for the filing of the Memorial; the time-limit for the filing of the Counter-Memorial was extended, by the same Order, to 15 April 1995. Bosnia and Herzegovina duly filed its Memorial within the extended time-limit thus fixed.

9. By an Order dated 21 March 1995, the President of the Court, at the request of Yugoslavia, extended to 30 June 1995 the time-limit for the filing of the Counter-Memorial. Within the extended time-limit thus fixed, Yugoslavia, referring to Article 79, paragraph 1, of the Rules of Court, raised preliminary objections concerning, respectively, the admissibility of the Application and the jurisdiction of the Court to entertain the case. Accordingly, by an Order dated 14 July 1995, the President of the Court, noting that, by virtue of Article 79, paragraph 3, of the Rules of Court, the proceedings on the merits were suspended, fixed 14 November 1995 as the time-limit within which Bosnia and Herzegovina could present a written statement of its observations and submissions on the preliminary objections raised by Yugoslavia. Bosnia and Herzegovina filed such a statement within the time-limit so fixed, and the case became ready for hearing in respect of the preliminary objections.

10. By a letter dated 2 February 1996, the Agent of Yugoslavia submitted to the Court, "as a document relevant to the case", the text of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina and the annexes thereto (collectively "the peace agreement"), initialled in Dayton, Ohio, on 21 November 1995 and signed in Paris on 14 December 1995 (hereinafter called the "Dayton-Paris Agreement").

11. Pursuant to Article 53, paragraph 2, of the Rules of Court, the Court decided to make the pleadings and documents annexed thereto accessible to the public on the opening of the oral proceedings.

12. Public hearings were held between 29 April and 3 May 1996 at which the Court heard the oral arguments and replies of:

For Yugoslavia: Mr. Rodoljub Etinski,
Mr. Miodrag Mitić,
Mr. Djordje Lopičić,
Mr. Eric Suy,
Mr. Ian Brownlie,
Mr. Gavro Perazić.

Pour la Bosnie-Herzégovine: S. Exc. M. Muhamed Sacirbey,
M. Phon van den Biesen,
M. Alain Pellet,
M^me^ Brigitte Stern,
M. Thomas M. Franck.

*

13. Dans la requête, les demandes ci-après ont été formulées par la Bosnie-Herzégovine:

«En conséquence, tout en se réservant le droit de reviser, compléter ou modifier la présente requête, et sous réserve de la présentation à la Cour des preuves et arguments juridiques pertinents, la Bosnie-Herzégovine prie la Cour de dire et juger:

a) que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) a violé, et continue de violer, ses obligations juridiques à l'égard du peuple et de l'Etat de Bosnie-Herzégovine en vertu des articles premier, II *a)*, II *b)*, II *c)*, II *d)*, III *a)*, III *b)*, III *c)*, III *d)*, III *e)*, IV et V de la convention sur le génocide;

b) que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) a violé et continue de violer ses obligations juridiques à l'égard du peuple et de l'Etat de Bosnie-Herzégovine en vertu des quatre conventions de Genève de 1949, de leur protocole additionnel I de 1977, du droit international coutumier de la guerre, et notamment du règlement de La Haye de 1907 concernant la guerre sur terre, et d'autres principes fondamentaux du droit international humanitaire;

c) que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) a violé et continue de violer les dispositions des articles 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26 et 28 de la Déclaration universelle des droits de l'homme vis-à-vis des citoyens de la Bosnie-Herzégovine;

d) que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro), en violation de ses obligations en vertu du droit international général et coutumier, a tué, assassiné, blessé, violé, volé, torturé, enlevé, détenu illégalement et exterminé des citoyens de la Bosnie-Herzégovine, et continue de le faire;

e) qu'en traitant ainsi les citoyens de la Bosnie-Herzégovine, la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) a violé et continue de violer les obligations qu'elle a solennellement assumées en vertu du paragraphe 3 de l'article 1 et des articles 55 et 56 de la Charte des Nations Unies;

f) que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) a employé et continue d'employer la force et de recourir à la menace de la force contre la Bosnie-Herzégovine en violation des paragraphes 1, 2, 3 et 4 de l'article 2 et du paragraphe 1 de l'article 33 de la Charte des Nations Unies;

g) que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro), en violation de ses obligations en vertu du droit international général et coutumier, a utilisé et utilise la force et la menace de la force contre la Bosnie-Herzégovine;

h) que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro), en violation de ses obligations en vertu du droit international général et coutumier, a violé et viole la souveraineté de la Bosnie-Herzégovine du fait:

— d'attaques armées contre la Bosnie-Herzégovine par air et par terre;

For Bosnia and Herzegovina: H.E. Mr. Muhamed Sacirbey,
Mr. Phon van den Biesen,
Mr. Alain Pellet,
Ms Brigitte Stern,
Mr. Thomas M. Franck.

*

13. In the Application, the following requests were made by Bosnia and Herzegovina:

"Accordingly, while reserving the right to revise, supplement or amend this Application, and subject to the presentation to the Court of the relevant evidence and legal arguments, Bosnia and Herzegovina requests the Court to adjudge and declare as follows:

(a) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has breached, and is continuing to breach, its legal obligations toward the People and State of Bosnia and Herzegovina under Articles I, II *(a)*, II *(b)*, II *(c)*, II *(d)*, III *(a)*, III *(b)*, III *(c)*, III *(d)*, III *(e)*, IV and V of the Genocide Convention;

(b) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has violated and is continuing to violate its legal obligations toward the People and State of Bosnia and Herzegovina under the four Geneva Conventions of 1949, their Additional Protocol I of 1977, the customary international laws of war including the Hague Regulations on Land Warfare of 1907, and other fundamental principles of international humanitarian law;

(c) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has violated and continues to violate Articles 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26 and 28 of the Universal Declaration of Human Rights with respect to the citizens of Bosnia and Herzegovina;

(d) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro), in breach of its obligations under general and customary international law, has killed, murdered, wounded, raped, robbed, tortured, kidnapped, illegally detained, and exterminated the citizens of Bosnia and Herzegovina, and is continuing to do so;

(e) that in its treatment of the citizens of Bosnia and Herzegovina, Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has violated, and is continuing to violate, its solemn obligations under Articles 1 (3), 55 and 56 of the United Nations Charter;

(f) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has used and is continuing to use force and the threat of force against Bosnia and Herzegovina in violation of Articles 2 (1), 2 (2), 2 (3), 2 (4), and 33 (1), of the United Nations Charter;

(g) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro), in breach of its obligations under general and customary international law, has used and is using force and the threat of force against Bosnia and Herzegovina;

(h) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro), in breach of its obligations under general and customary international law, has violated and is violating the sovereignty of Bosnia and Herzegovina by:

— armed attacks against Bosnia and Herzegovina by air and land;

— de la violation de l'espace aérien de la Bosnie-Herzégovine;
— d'actes directs et indirects de coercition et d'intimidation à l'encontre du Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine;

i) que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro), en violation des obligations que lui impose le droit international général et coutumier, est intervenue et intervient dans les affaires intérieures de la Bosnie-Herzégovine;

j) que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro), en recrutant, entraînant, armant, équipant, finançant, approvisionnant et en encourageant, appuyant, aidant et dirigeant des actions militaires et paramilitaires en Bosnie-Herzégovine ou contre celle-ci par le moyen de ses agents et de ses auxiliaires, a violé et viole ses obligations fondamentales et conventionnelles expresses à l'égard de la Bosnie-Herzégovine et, en particulier, ses obligations fondamentales et conventionnelles expresses en vertu du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, de même que ses obligations en vertu du droit international général et coutumier;

k) que, vu les circonstances exposées ci-dessus, la Bosnie-Herzégovine possède le droit souverain de se défendre et de défendre son peuple en vertu de l'article 51 de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier, y compris en se procurant immédiatement auprès d'autres Etats des armes, des matériels et fournitures militaires ainsi que des troupes;

l) que, vu les circonstances exposées ci-dessus, la Bosnie-Herzégovine possède le droit souverain en vertu de l'article 51 de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier de demander à tout Etat de l'assister immédiatement en se portant à son secours, y compris par des moyens militaires (armes, matériels et fournitures militaires, troupes, etc.);

m) que la résolution 713 (1991) du Conseil de sécurité imposant un embargo sur les livraisons d'armes à l'ex-Yougoslavie doit être interprétée d'une manière telle qu'elle ne porte pas atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, de la Bosnie-Herzégovine en vertu de l'article 51 de la Charte des Nations Unies et des règles du droit international coutumier;

n) que toutes les résolutions ultérieures du Conseil de sécurité qui se réfèrent à la résolution 713 (1991) ou la réaffirment doivent être interprétées d'une manière telle qu'elles ne portent pas atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, de la Bosnie-Herzégovine en vertu des dispositions de l'article 51 de la Charte des Nations Unies et des règles du droit international coutumier;

o) que la résolution 713 (1991) du Conseil de sécurité et toutes les résolutions ultérieures du Conseil de sécurité qui s'y réfèrent ou la réaffirment ne doivent pas être interprétées comme imposant un embargo sur les livraisons d'armes à la Bosnie-Herzégovine, conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 24 et de l'article 51 de la Charte des Nations Unies et au principe coutumier d'*ultra vires*;

p) qu'en vertu du droit de légitime défense collective reconnu par l'article 51 de la Charte des Nations Unies tous les autres Etats parties à la Charte ont le droit de se porter immédiatement au secours de la Bosnie-Herzégovine — à sa demande — y compris en lui fournissant immédiatement des armes, des matériels et des fournitures militaires, et des forces armées (soldats, marins, aviateurs, etc.);

— aerial trespass into Bosnian airspace;
— efforts by direct and indirect means to coerce and intimidate the Government of Bosnia and Herzegovina;

(i) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro), in breach of its obligations under general and customary international law, has intervened and is intervening in the internal affairs of Bosnia and Herzegovina;

(j) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro), in recruiting, training, arming, equipping, financing, supplying and otherwise encouraging, supporting, aiding, and directing military and paramilitary actions in and against Bosnia and Herzegovina by means of its agents and surrogates, has violated and is violating its express charter and treaty obligations to Bosnia and Herzegovina and, in particular, its charter and treaty obligations under Article 2 (4) of the United Nations Charter, as well as its obligations under general and customary international law;

(k) that under the circumstances set forth above, Bosnia and Herzegovina has the sovereign right to defend Itself and its People under United Nations Charter Article 51 and customary international law, including by means of immediately obtaining military weapons, equipment, supplies and troops from other States;

(l) that under the circumstances set forth above, Bosnia and Herzegovina has the sovereign right under United Nations Charter Article 51 and customary international law to request the immediate assistance of any State to come to its defence, including by military means (weapons, equipment, supplies, troops, etc.);

(m) that Security Council resolution 713 (1991), imposing a weapons embargo upon the former Yugoslavia, must be construed in a manner that shall not impair the inherent right of individual or collective self-defence of Bosnia and Herzegovina under the terms of United Nations Charter Article 51 and the rules of customary international law;

(n) that all subsequent Security Council resolutions that refer to or reaffirm resolution 713 (1991) must be construed in a manner that shall not impair the inherent right of individual or collective self-defence of Bosnia and Herzegovina under the terms of United Nations Charter Article 51 and the rules of customary international law;

(o) that Security Council resolution 713 (1991) and all subsequent Security Council resolutions referring thereto or reaffirming thereof must not be construed to impose an arms embargo upon Bosnia and Herzegovina, as required by Articles 24 (1) and 51 of the United Nations Charter and in accordance with the customary doctrine of *ultra vires*;

(p) that pursuant to the right of collective self-defence recognized by United Nations Charter Article 51, all other States parties to the Charter have the right to come to the immediate defence of Bosnia and Herzegovina — at its request — including by means of immediately providing it with weapons, military equipment and supplies, and armed forces (soldiers, sailors, airpeople, etc.);

q) que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro), et ses agents et auxiliaires, sont tenus de mettre fin et de renoncer immédiatement à leurs violations susmentionnées de leurs obligations juridiques, et ont le devoir exprès de mettre fin et de renoncer immédiatement:

— à leur pratique systématique de la «purification ethnique» des citoyens et du territoire souverain de la Bosnie-Herzégovine;
— à l'assassinat, à l'exécution sommaire, à la torture, au viol, à l'enlèvement, à la mutilation, aux blessures, aux sévices physiques et psychologiques et à la détention des citoyens de la Bosnie-Herzégovine;
— à la dévastation sauvage et aveugle de villages, de villes, de districts, d'agglomérations et d'institutions religieuses en Bosnie-Herzégovine;
— au bombardement de centres de population civile en Bosnie-Herzégovine, et spécialement de sa capitale, Sarajevo;
— à la poursuite du siège de centres de population civile de Bosnie-Herzégovine, et spécialement de sa capitale, Sarajevo;
— à la privation de nourriture de la population civile de Bosnie-Herzégovine;
— aux actes ayant pour effet d'interrompre, d'entraver ou de gêner l'acheminement des secours humanitaires envoyés par la communauté internationale aux citoyens de Bosnie-Herzégovine;
— à toute utilisation de la force — directe ou indirecte, manifeste ou occulte — contre la Bosnie-Herzégovine, et à toutes les menaces d'utilisation de la force contre la Bosnie-Herzégovine;
— à toutes les violations de la souveraineté, de l'intégrité territoriale ou de l'indépendance politique de la Bosnie-Herzégovine, y compris toute intervention, directe ou indirecte, dans les affaires intérieures de la Bosnie-Herzégovine;
— à tout appui de quelque nature qu'il soit — y compris l'entraînement et la fourniture d'armes, de munitions, de fonds, de matériels, d'assistance, d'instruction ou toute autre forme de soutien — à toute nation, groupe, organisation, mouvement ou individu se livrant ou se disposant à se livrer à des actions militaires ou paramilitaires en Bosnie-Herzégovine ou contre celle-ci;

r) que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) est tenue de payer à la Bosnie-Herzégovine, en son propre nom et en tant que *parens patriae* de ses citoyens, des réparations pour les dommages subis par les personnes et les biens ainsi que par l'économie et l'environnement de la Bosnie à raison des violations susvisées du droit international, dont le montant sera déterminé par la Cour. La Bosnie-Herzégovine se réserve le droit de présenter à la Cour une évaluation précise des dommages causés par la Yougoslavie (Serbie et Monténégro).»

14. Dans la procédure écrite, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine,

dans le mémoire:

«Sur la base des éléments de preuve et des arguments juridiques exposés dans le présent mémoire, la Bosnie-Herzégovine

(q) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) and its agents and surrogates are under an obligation to cease and desist immediately from its breaches of the foregoing legal obligations, and is under a particular duty to cease and desist immediately:

— from its systematic practice of so-called 'ethnic cleansing' of the citizens and sovereign territory of Bosnia and Herzegovina;
— from the murder, summary execution, torture, rape, kidnapping, mayhem, wounding, physical and mental abuse, and detention of the citizens of Bosnia and Herzegovina;
— from the wanton devastation of villages, towns, districts, cities, and religious institutions in Bosnia and Herzegovina;
— from the bombardment of civilian population centres in Bosnia and Herzegovina, and especially its capital, Sarajevo;
— from continuing the siege of any civilian population centres in Bosnia and Herzegovina, and especially its capital, Sarajevo;
— from the starvation of the civilian population in Bosnia and Herzegovina;
— from the interruption of, interference with, or harassment of humanitarian relief supplies to the citizens of Bosnia and Herzegovina by the international community;
— from all use of force — whether direct or indirect, overt or covert — against Bosnia and Herzegovina, and from all threats of force against Bosnia and Herzegovina;
— from all violations of the sovereignty, territorial integrity or political independence of Bosnia and Herzegovina, including all intervention, direct or indirect, in the internal affairs of Bosnia and Herzegovina;
— from all support of any kind — including the provision of training, arms, ammunition, finances, supplies, assistance, direction or any other form of support — to any nation, group, organization, movement or individual engaged or planning to engage in military or paramilitary actions in or against Bosnia and Herzegovina;

(r) that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has an obligation to pay Bosnia and Herzegovina, in its own right and as *parens patriae* for its citizens, reparations for damages to persons and property as well as to the Bosnian economy and environment caused by the foregoing violations of international law in a sum to be determined by the Court. Bosnia and Herzegovina reserves the right to introduce to the Court a precise evaluation of the damages caused by Yugoslavia (Serbia and Montenegro)."

14. In the written proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Bosnia and Herzegovina,

in the Memorial:

"On the basis of the evidence and legal arguments presented in this Memorial, the Republic of Bosnia and Herzegovina,

prie la Cour de dire et juger:

1. Que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), directement ou par le truchement de ses auxiliaires, a violé et continue de violer la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, en détruisant partiellement, et en tentant de détruire totalement, des groupes nationaux, ethniques ou religieux, notamment mais non exclusivement sur le territoire de la République de Bosnie-Herzégovine, en particulier la population musulmane, en se livrant aux actes suivants:

— meurtre de membres du groupe;
— atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
— soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence visant à entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
— imposition de mesures aux fins d'entraver les naissances au sein du groupe;

2. Que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) a violé et continue de violer la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en se rendant coupable d'entente en vue de commettre le génocide, de complicité dans le génocide, de tentative de génocide et d'incitation à commettre le génocide;

3. Que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) a violé et continue de violer la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en aidant et encourageant des individus et des groupes se livrant à des actes de génocide;

4 Que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) a violé et continue de violer la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en manquant à son obligation de prévenir et de punir les actes de génocide;

5. Que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) doit immédiatement mettre fin aux actes susmentionnés et prendre des mesures immédiates et efficaces pour s'acquitter pleinement de ses obligations aux termes de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide;

6. Que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) doit effacer les conséquences de ses actes internationalement illicites et rétablir la situation qui existait avant que les violations de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ne fussent commises;

7. Que, sa responsabilité internationale étant engagée à raison des violations susmentionnées de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) est tenue de payer à la Bosnie-Herzégovine, et cette dernière est fondée à recevoir, en son propre nom et en tant que *parens patriae* de ses citoyens, pleine réparation pour les dommages et les pertes causés, réparation dont le montant sera déterminé par la Cour lors d'une phase ultérieure de la procédure en l'instance.

La République de Bosnie-Herzégovine se réserve le droit de compléter ou de modifier ses conclusions dans le cadre d'autres pièces de procédure.

La République de Bosnie-Herzégovine appelle également respectueusement l'attention de la Cour sur le fait qu'elle n'a pas réitéré, à ce stade, plusieurs des demandes qu'elle avait formulées dans sa requête, partant du postulat formel que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et

Requests the International Court of Justice to adjudge and declare,

1. That the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), directly, or through the use of its surrogates, has violated and is violating the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, by destroying in part, and attempting to destroy in whole, national, ethnical or religious groups within the, but not limited to the, territory of the Republic of Bosnia and Herzegovina, including in particular the Muslim population, by

— killing members of the group;
— causing deliberate bodily or mental harm to members of the group;
— deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
— imposing measures intended to prevent births within the group;

2. That the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has violated and is violating the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by conspiring to commit genocide, by complicity in genocide, by attempting to commit genocide and by incitement to commit genocide;

3. That the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has violated and is violating the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by aiding and abetting individuals and groups engaged in acts of genocide;

4. That the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has violated and is violating the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by virtue of having failed to prevent and to punish acts of genocide;

5. That the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) must immediately cease the above conduct and take immediate and effective steps to ensure full compliance with its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide;

6. That the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) must wipe out the consequences of its international wrongful acts and must restore the situation existing before the violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide were committed;

7. That, as a result of the international responsibility incurred for the above violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) is required to pay, and the Republic of Bosnia and Herzegovina is entitled to receive, in its own right and as *parens patriae* for its citizens, full compensation for the damages and losses caused, in the amount to be determined by the Court in a subsequent phase of the proceedings in this case.

The Republic of Bosnia and Herzegovina reserves its right to supplement or amend its submissions in the light of further pleadings.

The Republic of Bosnia and Herzegovina also respectfully draws the attention of the Court to the fact that it has not reiterated, at this point, several of the requests it made in its Application, on the formal assumption that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) has

Monténégro) a accepté la compétence de la Cour en vertu de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Si le défendeur devait revenir sur son acceptation de la compétence de la Cour en application de ladite convention — ce qu'en tout état de cause il n'est pas autorisé à faire — le Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine se réserve le droit d'invoquer toutes les autres bases de compétence existantes, ou certaines d'entre elles, et de formuler de nouveau toutes les conclusions et demandes qu'il a déjà présentées, ou certaines d'entre elles.»

Au nom du Gouvernement yougoslave,

dans les exceptions préliminaires:

«La République fédérative de Yougoslavie prie la Cour de dire et juger:

Première exception préliminaire

A.1. Attendu que la guerre civile exclut l'existence d'un différend international,

la requête de la prétendue République de Bosnie-Herzégovine n'est pas recevable.

Deuxième exception préliminaire

A.2. Attendu qu'Alija Izetbegović n'occupait pas les fonctions de président de la République à l'époque où il a donné l'autorisation d'introduire une instance et attendu que la décision d'introduire une instance n'a pas été prise par un organe compétent, la présidence ou le gouvernement, l'autorisation d'introduire et de conduire une instance a été accordée en violation d'une règle de droit interne d'importance fondamentale; en conséquence,

la requête de la prétendue République de Bosnie-Herzégovine n'est pas recevable.

Troisième exception préliminaire

B.1. Attendu que la prétendue République de Bosnie-Herzégovine a violé de façon flagrante, par ses actes relatifs à l'indépendance, les obligations découlant du principe de l'égalité des droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et que pour cette raison la notification de succession de la Partie requérante, en date du 29 décembre 1992, à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide est sans effet juridique,

Attendu que la prétendue République de Bosnie-Herzégovine n'est pas devenue Etat partie à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide conformément aux dispositions de la convention elle-même,

la prétendue République de Bosnie-Herzégovine n'est pas un Etat partie à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide et, en conséquence,

la Cour n'a pas compétence en la présente affaire.

Quatrième exception préliminaire

B.2. Attendu que la prétendue République de Bosnie-Herzégovine a été reconnue dans des conditions qui méconnaissent les règles du droit inter-

accepted the jurisdiction of this Court under the terms of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. If the Respondent were to reconsider its acceptance of the jurisdiction of the Court under the terms of that Convention — which it is, in any event, not entitled to do — the Government of Bosnia and Herzegovina reserves its right to invoke also all or some of the other existing titles of jurisdiction and to revive all or some of its previous submissions and requests."

On behalf of the Government of Yugoslavia,

in the preliminary objections:

"The Federal Republic of Yugoslavia asks the Court to adjudge and declare:

First preliminary objection

A.1. Whereas civil war excludes the existence of an international dispute,

the Application of the so-called Republic of Bosnia and Herzegovina is not admissible.

Second preliminary objection

A.2. Whereas Alija Izetbegović did not serve as the President of the Republic at the time when he granted the authorization to initiate proceedings and whereas the decision to initiate proceedings was not taken by the Presidency nor the Government as the competent organs, the authorization for the initiation and conduct of proceedings was granted in violation of a rule of internal law of fundamental significance and, consequently,

the Application by the so-called Republic of Bosnia and Herzegovina is not admissible.

Third preliminary objection

B.1. Whereas the so-called Republic of Bosnia and Herzegovina has by its acts on independence flagrantly violated the duties stemming from the principle of equal rights and self-determination of peoples and for that reason the Notification of Succession, dated 29 December 1992, of the Applicant to the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide has no legal effect,

Whereas the so-called Republic of Bosnia and Herzegovina has not become a State party to the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in accordance with the provisions of the Convention itself,

the so-called Republic of Bosnia and Herzegovina is not a State party to the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and consequently

the Court has no jurisdiction over this case.

Fourth preliminary objection

B.2. Whereas the so-called Republic of Bosnia and Herzegovina has been recognized in contravention of the rules of international law and that

national, que celle-ci n'a jamais été établie sur le territoire qu'elle revendique comme le sien et dans la forme sous laquelle elle prétend exister depuis sa déclaration illégale d'indépendance, et attendu qu'il existe actuellement quatre Etats sur le territoire de l'ex-République yougoslave de Bosnie-Herzégovine, la prétendue République de Bosnie-Herzégovine n'est pas partie à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide; en conséquence,

la Cour n'est pas compétente en la présente affaire.

Cinquième exception préliminaire

C. Attendu qu'il y a en l'espèce un conflit interne entre quatre parties, conflit auquel la République fédérative de Yougoslavie n'est pas partie prenante, et attendu que la République fédérative de Yougoslavie n'exerçait aucune juridiction sur les territoires en cause pendant la période considérée,

Attendu que le mémoire de la Partie requérante est fondé sur une interprétation foncièrement erronée de la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide et qu'en conséquence les demandes contenues dans les «conclusions» sont fondées sur des allégations de responsabilité d'Etat qui échappent au domaine d'application de la convention et de sa clause compromissoire,

il n'existe pas de différend international au sens de l'article IX de la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide et, en conséquence,

la Cour n'est pas compétente en la présente affaire.

Si la Cour ne retient aucune des exceptions préliminaires susmentionnées:

Sixième exception préliminaire

D.1. Sans préjudice des exceptions préliminaires qui précèdent, attendu que la notification de succession en date du 29 décembre 1992 par laquelle la prétendue République de Bosnie-Herzégovine a exprimé son intention de devenir partie à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide ne peut avoir pour effet que l'adhésion à la convention,

la Cour est compétente en l'espèce à compter du 29 mars 1993 de sorte que les demandes de la Partie requérante relatives aux actes ou faits allégués par elle et intervenus antérieurement à cette date ne sont pas du ressort de la Cour.

Au cas où la Cour refuserait de faire droit à l'exception préliminaire visée en D.1.:

Septième exception préliminaire

D.2. Sans préjudice de la sixième exception préliminaire, si la notification de succession de la Partie requérante en date du 29 décembre 1992 est interprétée comme ayant pour effet que celle-ci est devenue partie à la convention de 1948 sur le génocide à compter du 6 mars 1992, d'après la règle du droit international coutumier, la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide ne serait pas applicable entre les Parties avant le 29 décembre 1992 et elle ne conférerait donc pas à la

it has never been established in the territory and in the form in which it pretends to exist ever since its illegal declaration of independence, and that there are at present four States in existence in the territory of the former Yugoslav Republic of Bosnia and Herzegovina, the so-called Republic of Bosnia and Herzegovina is not a party to the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime or Genocide, and consequently,

the Court has no jurisdiction over this case.

Fifth preliminary objection

C. Whereas the case in point is an internal conflict between four sides in which the Federal Republic of Yugoslavia is not taking part and whereas the Federal Republic of Yugoslavia did not exercise any jurisdiction over the disputed areas in the period under review,

Whereas the Memorial of the Applicant State is based upon a fundamentally erroneous construction of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and, in consequence the claims contained in the 'Submissions' are based on allegations of State responsibility which fall outside the scope of the Convention and of its compromissory clause,

there is no international dispute under Article IX of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and, consequently,

the Court has no jurisdiction over this case.

If the Court does not accept any of the above-mentioned preliminary objections:

Sixth preliminary objection

D.1. Without prejudice to the above exposed preliminary objections, whereas the Notification of Succession, dated 29 December 1992, whereby the so-called Republic of Bosnia and Herzegovina expressed the intention to enter into the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide can only produce the effect of accession to the Convention,

the Court has jurisdiction over this case as of 29 March 1993 and, thus, the Applicant's claims pertaining to the alleged acts or facts which occurred prior to that date do not fall within the jurisdiction of the Court.

In case the Court refuses to adopt the preliminary objection under D.1:

Seventh preliminary objection

D.2. Without prejudice to the sixth preliminary objection, if the Applicant State's Notification of Succession, dated 29 December 1992, is construed on the basis that it has the effect that the Applicant State became a party to the 1948 Genocide Convention from 6 March 1992, according to the rule of customary international law, the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide would not be operative between the parties prior to 29 December 1992 and, accordingly, this would

Cour compétence à l'égard d'événements intervenus avant cette date; en conséquence,

les demandes de la Partie requérante relatives aux actes ou faits allégués par elle qui sont antérieurs au 29 décembre 1992 ne sont pas du ressort de la Cour.

La République fédérative de Yougoslavie se réserve le droit de compléter ou de modifier ses conclusions à la lumière des plaidoiries à venir.»

Au nom du Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine,

dans l'exposé écrit contenant ses observations et conclusions sur les exceptions préliminaires:

«Considérant l'exposé qui précède, le Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine demande à la Cour:

— de rejeter et écarter les exceptions préliminaires de la Yougoslavie (Serbie et Monténégro); et
— de dire et juger:

i) que la Cour a compétence à l'égard des conclusions présentées dans le mémoire de la Bosnie-Herzégovine;
ii) que ces conclusions sont recevables.»

15. Dans la procédure orale, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Gouvernement yougoslave[1],

à l'audience du 2 mai 1996:

«La République fédérative de Yougoslavie prie la Cour de dire et juger:

Première exception préliminaire

Attendu que les événements, auxquels se réfère la requête, qui se sont produits en Bosnie-Herzégovine, constituent une guerre civile, il n'existe aucun différend international selon les termes de l'article IX de la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide; en conséquence,

la requête de la Bosnie-Herzégovine n'est pas recevable.

Deuxième exception préliminaire

Attendu que M. Alija Izetbegović n'occupait pas les fonctions de président de la République à l'époque où il a donné l'autorisation d'introduire une instance et, attendu que la décision d'introduire une instance n'a pas été prise par un organe compétent, la présidence ou le gouvernement, l'autorisation d'introduire et de conduire une instance a été accordée en violation de règles de droit interne d'importance fondamentale; en conséquence,

la requête de la Bosnie-Herzégovine n'est pas recevable.

Troisième exception préliminaire

Attendu que la Bosnie-Herzégovine n'a pas établi sa qualité d'Etat indé-

[1] Le Gouvernement yougoslave a renoncé à sa quatrième exception préliminaire.

not confer jurisdiction on the Court in respect of events occurring prior to 29 December 1992 and consequently,

the Applicant's claims pertaining to the alleged acts or facts which occurred prior to 29 December 1992 do not fall within the jurisdiction of the Court.

The Federal Republic of Yugoslavia reserves its right to supplement or amend its submissions in the light of further pleadings."

On behalf of the Government of Bosnia and Herzegovina,

in the written statement containing its observations and submissions on the preliminary objections:

"In consideration of the foregoing, the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina requests the Court:

— to reject and dismiss the Preliminary Objections of Yugoslavia (Serbia and Montenegro); and
— to adjudge and declare:
  (i) that the Court has jurisdiction in respect of the submissions presented in the Memorial of Bosnia and Herzegovina; and
  (ii) that the submissions are admissible."

15. In the oral proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Yugoslavia[1],

at the hearing on 2 May 1996:

"The Federal Republic of Yugoslavia asks the Court to adjudge and declare:

First preliminary objection

Whereas the events in Bosnia and Herzegovina to which the Application refers constituted a civil war, no international dispute exists within the terms of Article IX of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, consequently,

the Application of Bosnia and Herzegovina is not admissible.

Second preliminary objection

Whereas Mr. Alija Izetbegović did not serve as the President of the Republic at the time when he granted the authorization to initiate proceedings and whereas the decision to initiate proceedings was not taken either by the Presidency or the Government as the competent organs, the authorization for the initiation and conduct of proceedings was granted in violation of the rules of internal law of fundamental significance, consequently,

the Application by Bosnia and Herzegovina is not admissible.

Third preliminary objection

Whereas Bosnia and Herzegovina has not established its independent

[1] The Government of Yugoslavia relinquished its fourth preliminary objection.

pendant conformément au principe de l'égalité des droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et pour cette raison n'a pu succéder à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide,

Attendu que la Bosnie-Herzégovine n'est pas devenue partie à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide conformément aux dispositions de la convention elle-même,

la Bosnie-Herzégovine n'est pas un Etat partie à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide; en conséquence,

la Cour n'est pas compétente en la présente affaire.

Cinquième exception préliminaire

Attendu qu'il y a en l'espèce un conflit interne entre trois parties, auquel la République fédérative de Yougoslavie n'est pas partie prenante, et attendu que la République fédérative de Yougoslavie n'exerçait aucune juridiction sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine à l'époque considérée,

Attendu que le mémoire de la Partie requérante repose sur une interprétation fondamentalement erronée de la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide et que, en conséquence, les demandes de la Partie requérante figurant dans ses «conclusions» reposent sur des allégations de responsabilité d'Etat qui se situent en dehors du champ d'application de la convention et de sa clause compromissoire,

il n'existe aucun différend international en vertu de l'article IX de la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide et, en conséquence,

la Cour n'est pas compétente en la présente affaire.

Si la Cour ne retient aucune des exceptions préliminaires susmentionnées:

Sixième exception préliminaire

Sans préjudice des exceptions préliminaires qui précèdent, attendu que les deux Parties ont reconnu, chacune, le 14 décembre 1995, que la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide n'était pas applicable entre elles avant le 14 décembre 1995; en conséquence,

la Cour n'est pas compétente en la présente affaire avant le 14 décembre 1995.

Subsidiairement et sans préjudice des exceptions préliminaires formulées ci-dessus, attendu que la notification de succession, en date du 29 décembre 1992, par laquelle la Bosnie-Herzégovine a exprimé l'intention de devenir partie à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide ne peut avoir pour effet que l'adhésion à la convention,

la Cour n'est pas compétente en la présente affaire avant le 29 mars 1993 et, par conséquent, les demandes de la Partie requérante qui ont trait aux actes ou faits qui se seraient produits avant cette date ne sont pas du ressort de la Cour.

Au cas où la Cour refuserait de faire droit aux exceptions préliminaires qui précèdent:

statehood in conformity with the principle of equal rights and self-determination of peoples and for that reason could not succeed to the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,

Whereas Bosnia and Herzegovina has not become a party to the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in accordance with the provisions of the Convention itself,

Bosnia and Herzegovina is not a party to the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, consequently,

the Court lacks the competence over the case.

Fifth preliminary objection

Whereas the case in point is an internal conflict between three sides in which the Federal Republic of Yugoslavia was not taking part and whereas the Federal Republic of Yugoslavia did not exercise any jurisdiction within the region of Bosnia and Herzegovina at the material time,

Whereas the Memorial of the Applicant State is based upon a fundamentally erroneous interpretation of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and, in consequence, the claims contained in the 'Submissions' are based on allegations of State responsibility which fall outside the scope of the Convention and of its compromissory clause,

there is no international dispute under Article IX of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, consequently,

the Court lacks the competence over the case.

If the Court does not accept any of the above-mentioned preliminary objections:

Sixth preliminary objection

Without prejudice to the above exposed preliminary objections, whereas the two Parties recognized each other on 14 December 1995, the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide was not operative between them prior to 14 December 1995, consequently,

the Court lacks the competence before 14 December 1995 over the case.

Alternatively and without prejudice to the preliminary objections formulated above, whereas the Notification of Succession, dated 29 December 1992, whereby Bosnia and Herzegovina expressed the intention to enter into the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide can only produce the effect of accession to the Convention,

the Court lacks competence before 29 March 1993 over the case and, thus, the Applicant's claims pertaining to the alleged acts or facts which occurred prior to that date do not fall within the competence of the Court.

In case the Court refuses to adopt the above preliminary objections:

Septième exception préliminaire

Si la notification de succession de la Partie requérante en date du 29 décembre 1992 est interprétée comme ayant pour effet que la Partie requérante est devenu partie à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide à compter du 6 mars 1992 et, attendu que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a adressé aux parties à ladite convention une note, datée du 18 mars 1993, les informant de ladite succession, conformément aux règles du droit international général, la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide n'est pas applicable entre les Parties avant le 18 mars 1993 et, attendu qu'une telle situation ne saurait conférer compétence à la Cour au regard d'événements qui se sont produits avant le 18 mars 1993; en conséquence,

les demandes de la Partie requérante qui ont trait aux actes ou faits allégués qui sont antérieurs au 18 mars 1993 ne sont pas du ressort de la Cour.

En tant que dernière exception subsidiaire:

Si la notification de succession de la Partie requérante en date du 29 décembre 1992 est interprétée comme ayant pour effet que la Partie requérante est devenu partie à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide à compter du 6 mars 1992, conformément aux règles du droit international général, la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide n'est pas applicable entre les Parties avant le 29 décembre 1992 et, attendu qu'elle ne saurait conférer compétence à la Cour à l'égard d'événements qui se sont produits avant le 29 décembre 1992, en conséquence,

les demandes de la Partie requérante qui ont trait aux actes ou faits allégués qui sont antérieurs au 29 décembre 1992 ne sont pas du ressort de la Cour.

Exceptions fondées sur de prétendues bases supplémentaires de compétence

Compte tenu de la demande de la Partie requérante de fonder la compétence de la Cour sur les articles 11 et 16 du traité entre les principales puissances alliées et associées et le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes, signé à Saint-Germain-en-Laye le 10 septembre 1919, la République fédérative de Yougoslavie prie la Cour

de rejeter ladite demande,

— au motif que le traité entre les principales puissances alliées et associées et le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes, signé à Saint-Germain-en-Laye le 10 septembre 1919, n'est pas en vigueur; et subsidiairement
— au motif que la Partie requérante n'est pas fondée à invoquer la compétence de la Cour sur la base des articles 11 et 16 du traité.

Compte tenu de la demande de la Partie requérante d'établir la compétence de la Cour sur la base de la lettre du 8 juin 1992 qu'ont adressée M. Slobodan Milosević et M. Momir Bulatović, présidents des deux Républiques yougoslaves (la Serbie et le Monténégro), au président de la commission d'arbitrage de la conférence pour la paix en Yougoslavie, la République fédérative de Yougoslavie prie la Cour

de rejeter ladite demande,

Seventh preliminary objection

If the Applicant State's Notification of Succession, dated 29 December 1992, is construed as having an effect of the Applicant State becoming a party to the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide from 6 March 1992 and whereas the Secretary-General of the United Nations sent to the parties of the said Convention the Note dated 18 March 1993, informing of the said succession, according to the rules of general international law, the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide would not be operative between the Parties prior to 18 March 1993 and, whereas this would not confer the competence on the Court in respect of events occurring prior to 18 March 1993, consequently,

the Applicant's claims pertaining to the alleged acts or facts which occurred prior to 18 March 1993 do not fall within the competence of the Court.

As a final alternative:

If the Applicant State's Notification of Succession, dated 29 December 1992, is construed as having the effect of the Applicant State becoming a party to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide from 6 March 1992, according to the rules of general international law, the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide would not be operative between the Parties prior to 29 December 1992, and, whereas this would not confer competence on the Court in respect of events occurring prior to 29 December 1992, consequently,

the Applicant's claims pertaining to the alleged acts or facts which occurred prior to 29 December 1992 do not fall within the competence of the Court.

Objections on alleged additional bases of jurisdiction

In view of the claim of the Applicant to base the jurisdiction of the Court under Articles 11 and 16 of the Treaty between Allied and Associated Powers and the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, signed at Saint-Germain-en-Laye on 10 September 1919, the Federal Republic of Yugoslavia asks the Court

to reject the said claim,

— because the Treaty between Allied and Associated Powers and the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes signed at Saint-Germain-en-Laye on 10 September 1919 is not in force; and alternatively
— because the Applicant is not entitled to invoke the jurisdiction of the Court according to Articles 11 and 16 of the Treaty.

In view of the claim of the Applicant to establish the jurisdiction of the Court on the basis of the letter of 8 June 1992, sent by the Presidents of the two Yugoslav Republics, Serbia and Montenegro, Mr. Slobodan Milosević and Mr. Momir Bulatović, to the President of the Arbitration Commission of the Conference on Yugoslavia, the Federal Republic of Yugoslavia asks the Court

to reject the said claim,

— au motif que la déclaration figurant dans la lettre du 8 juin 1992 ne peut pas être considérée comme une déclaration de la République fédérative de Yougoslavie conformément aux règles du droit international, et
— au motif que cette déclaration n'était pas en vigueur le 31 mars 1993 ni après cette date.

Compte tenu de la demande de la Partie requérante d'établir la compétence de la Cour sur la base de la doctrine du *forum prorogatum*, la République fédérative de Yougoslavie prie la Cour

de rejeter ladite demande,

— au motif que la demande en indication de mesures conservatoires n'emporte pas consentement à la compétence de la Cour, et
— au motif que les conditions d'application de la doctrine du *forum prorogatum* ne sont pas remplies.»

Au nom du Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine,

à l'audience du 3 mai 1996:

«Considérant ce qui a été exposé par la Bosnie-Herzégovine dans toutes ses conclusions écrites antérieures et ce qui a été affirmé par les représentants de cet Etat au cours de la procédure orale de cette semaine, le Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine prie respectueusement la Cour:

1) de dire et juger que la République fédérative de Yougoslavie a abusé du droit de soulever des exceptions préliminaires que prévoient le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut de la Cour et l'article 79 de son Règlement;
2) de rejeter les exceptions préliminaires de la République fédérative de Yougoslavie;
3) de dire et juger
i) que la Cour est compétente sur la base des divers motifs qui ont été exposés dans nos conclusions écrites antérieures et qui ont été plus amplement démontrés au cours de la présente procédure orale au regard des conclusions présentées dans le mémoire de la Bosnie-Herzégovine;
ii) que ces conclusions sont recevables.»

* * *

16. Pour fonder la compétence de la Cour en l'espèce, la Bosnie-Herzégovine a invoqué à titre principal l'article IX de la convention sur le génocide. La Cour se penchera d'abord sur les exceptions préliminaires soulevées par la Yougoslavie sur ce point. Elle prendra acte auparavant du retrait par la Yougoslavie, au cours de la procédure orale, de sa quatrième exception préliminaire, dont il n'échet en conséquence plus de traiter. Aux termes de sa troisième exception, la Yougoslavie a contesté, pour différents motifs, que la convention lie les deux Parties ou soit entrée en vigueur entre elles; et, aux termes de sa cinquième exception, la Yougoslavie a contesté, pour des raisons diverses, que le différend soumis

— because the declaration contained in the letter of 8 June 1992 cannot be understood as a declaration of the Federal Republic of Yugoslavia according to the rules of international law; and

— because the declaration was not in force on 31 March 1993 and later.

In view of the claim of the Applicant State to establish the jurisdiction of the Court on the basis of the doctrine of *forum prorogatum*, the Federal Republic of Yugoslavia asks the Court

to reject the said claim,

— because the request for indication of provisional measures of protection does not imply a consent to the jurisdiction of the Court; and
— because the conditions for the application of the doctrine of *forum prorogatum* are not fulfilled."

On behalf of the Government of Bosnia and Herzegovina,

at the hearing on 3 May 1996:

"Considering what has been stated by Bosnia and Herzegovina in all of its previous written submissions, considering what has been stated by the representatives of Bosnia and Herzegovina in the course of this week's oral proceedings, the Government of Bosnia and Herzegovina respectfully requests the Court,

1. to adjudge and declare that the Federal Republic of Yugoslavia has abused its right to raise preliminary objections as foreseen in Article 36, paragraph 6, of the Statute of the Court and to Article 79 of the Rules of Court;

2. to reject and dismiss the preliminary objections of the Federal Republic of Yugoslavia; and

3. to adjudge and declare:

(i) that the Court has jurisdiction on the various grounds set out in our previous written submissions and as further demonstrated during the present pleadings in respect of the submissions presented in the Memorial of Bosnia and Herzegovina; and

(ii) that the submissions are admissible."

* * *

16. Bosnia and Herzegovina has principally relied, as a basis for the jurisdiction of the Court in this case, on Article IX of the Genocide Convention. The Court will initially consider the preliminary objections raised by Yugoslavia on this point. It takes note, first, of the withdrawal by Yugoslavia, during the oral proceedings, of its fourth preliminary objection, which therefore need no longer be dealt with. In its third objection, Yugoslavia, on various grounds, has disputed the contention that the Convention binds the two Parties or that it has entered into force between them; and in its fifth objection, Yugoslavia has objected, for various reasons, to the argument that the dispute submitted by Bosnia

par la Bosnie-Herzégovine entre dans les prévisions de l'article IX de la convention. La Cour examinera successivement ces deux chefs d'incompétence allégués.

*

17. L'instance introduite devant la Cour oppose deux Etats dont le territoire est situé à l'intérieur de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie. Celle-ci a signé la convention sur le génocide le 11 décembre 1948 et a déposé son instrument de ratification, sans réserves, le 29 août 1950. Lors de la proclamation de la République fédérative de Yougoslavie, le 27 avril 1992, une déclaration formelle a été adoptée en son nom, aux termes de laquelle:

> «La République fédérative de Yougoslavie, assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international.»

L'intention ainsi exprimée par la Yougoslavie de demeurer liée par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie a été confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies. La Cour observe en outre qu'il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide. Ainsi, la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête en la présente affaire, le 20 mars 1993.

18. La Bosnie-Herzégovine, pour sa part, a communiqué le 29 décembre 1992 au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, en sa qualité de dépositaire de la convention sur le génocide, une notification de succession aux termes de laquelle:

> «le Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine, ayant examiné la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948, à laquelle l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie était partie, souhaite être le successeur de cette dernière et s'engage à respecter et exécuter scrupuleusement toutes les clauses figurant dans ladite convention, avec effet à compter du 6 mars 1992, date à laquelle la République de Bosnie-Herzégovine est devenue indépendante».

Le 18 mars 1993, le Secrétaire général a communiqué aux parties à la convention sur le génocide la notification ci-après:

> «Le 29 décembre 1992, la notification de succession par le Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine à la convention susmentionnée a été déposée auprès du Secrétaire général, avec effet au 6 mars 1992, date à laquelle la Bosnie-Herzégovine a assumé la responsabilité de ses relations internationales.»

and Herzegovina falls within the provisions of Article IX of the Convention. The Court will consider these two alleged grounds of lack of jurisdiction in turn.

*

17. The proceedings instituted before the Court are between two States whose territories are located within the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia. That Republic signed the Genocide Convention on 11 December 1948 and deposited its instrument of ratification, without reservation, on 29 August 1950. At the time of the proclamation of the Federal Republic of Yugoslavia, on 27 April 1992, a formal declaration was adopted on its behalf to the effect that:

> "The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the State, international legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia assumed internationally."

This intention thus expressed by Yugoslavia to remain bound by the international treaties to which the former Yugoslavia was party was confirmed in an official Note of 27 April 1992 from the Permanent Mission of Yugoslavia to the United Nations, addressed to the Secretary-General. The Court observes, furthermore, that it has not been contested that Yugoslavia was party to the Genocide Convention. Thus, Yugoslavia was bound by the provisions of the Convention on the date of the filing of the Application in the present case, namely, on 20 March 1993.

18. For its part, on 29 December 1992, Bosnia and Herzegovina transmitted to the Secretary-General of the United Nations, as depositary of the Genocide Convention, a Notice of Succession in the following terms:

> "the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina, having considered the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, of December 9, 1948, to which the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia was a party, wishes to succeed to the same and undertakes faithfully to perform and carry out all the stipulations therein contained with effect from March 6, 1992, the date on which the Republic of Bosnia and Herzegovina became independent".

On 18 March 1993, the Secretary-General communicated the following Depositary Notification to the parties to the Genocide Convention:

> "On 29 December 1992, the notification of succession by the Government of Bosnia and Herzegovina to the above-mentioned Convention was deposited with the Secretary-General, with effect from 6 March 1992, the date on which Bosnia and Herzegovina assumed responsibility for its international relations."

19. La Yougoslavie a mis en cause la validité et l'effet juridique de la notification du 29 décembre 1992 en soutenant que la République de Bosnie-Herzégovine avait violé de façon flagrante, par ses actes relatifs à l'accession à l'indépendance, les obligations découlant du «principe de l'égalité des droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes». Ainsi, selon la Yougoslavie, la Bosnie-Herzégovine n'avait pas qualité pour être partie à la convention. La Yougoslavie a ensuite repris cette objection dans la troisième exception préliminaire qu'elle a soulevée en la présente affaire.

La Cour constate que la Bosnie-Herzégovine est devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies à la suite des décisions prises le 22 mai 1992 par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale, organes compétents en vertu de la Charte. Or l'article XI de la convention sur le génocide ouvre celle-ci à «tout Membre des Nations Unies»; dès son admission au sein de l'Organisation, la Bosnie-Herzégovine pouvait donc devenir partie à la convention. Peu importent alors les circonstances dans lesquelles elle a accédé à l'indépendance.

20. Il ressort de ce qui précède que la Bosnie-Herzégovine pouvait devenir partie à la convention par l'effet du mécanisme de la succession d'Etats. Du reste, le Secrétaire général des Nations Unies a considéré que tel avait été le cas, et la Cour en a pris note dans son ordonnance du 8 avril 1993 (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1993*, p. 16, par. 25).

21. Les Parties au différend ont exprimé des opinions divergentes sur les conséquences juridiques qui devraient s'attacher à la survenance d'une succession d'Etats en l'espèce. Dans ce contexte, la Bosnie-Herzégovine a notamment avancé que la convention sur le génocide appartient à la catégorie des instruments de protection des droits de l'homme et qu'en conséquence la règle de la «succession automatique» s'impose. La Bosnie-Herzégovine en conclut qu'elle est devenue partie à la convention dès son accession à l'indépendance. La Yougoslavie a contesté toute «succession automatique» de la Bosnie-Herzégovine à la convention sur le génocide sur cette base ou autrement.

22. En ce qui concerne la nature de la convention sur le génocide, la Cour rappellera ce qu'elle a déclaré dans son avis consultatif du 28 mai 1951 afférent aux *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*:

> «Dans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des Etats, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges.» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23.)

19. Yugoslavia has contested the validity and legal effect of the Notice of 29 December 1992, contending that, by its acts relating to its accession to independence, the Republic of Bosnia and Herzegovina had flagrantly violated the duties stemming from the "principle of equal rights and self-determination of peoples". According to Yugoslavia, Bosnia and Herzegovina was not, for this reason, qualified to become a party to the convention. Yugoslavia subsequently reiterated this objection in the third preliminary objection which it raised in this case.

The Court notes that Bosnia and Herzegovina became a Member of the United Nations following the decisions adopted on 22 May 1992 by the Security Council and the General Assembly, bodies competent under the Charter. Article XI of the Genocide Convention opens it to "any Member of the United Nations"; from the time of its admission to the Organization, Bosnia and Herzegovina could thus become a party to the Convention. Hence the circumstances of its accession to independence are of little consequence.

20. It is clear from the foregoing that Bosnia and Herzegovina could become a party to the Convention through the mechanism of State succession. Moreover, the Secretary-General of the United Nations considered that this had been the case, and the Court took note of this in its Order of 8 April 1993 (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, I.C.J. Reports 1993*, p. 16, para. 25).

21. The Parties to the dispute differed as to the legal consequences to be drawn from the occurrence of a State succession in the present case. In this context, Bosnia and Herzegovina has, among other things, contended that the Genocide Convention falls within the category of instruments for the protection of human rights, and that consequently, the rule of "automatic succession" necessarily applies. Bosnia and Herzegovina concluded therefrom that it became a party to the Convention with effect from its accession to independence. Yugoslavia disputed any "automatic succession" of Bosnia and Herzegovina to the Genocide Convention on this or any other basis.

22. As regards the nature of the Genocide Convention, the Court would recall what it stated in its Advisory Opinion of 28 May 1951 relating to the *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*:

> "In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties." (*I.C.J. Reports 1951*, p. 23.)

La Cour a ensuite constaté dans ce même avis:

> «L'objet et le but de la convention sur le génocide impliquent chez l'Assemblée générale et chez les Etats qui l'ont adoptée l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'Etats. L'exclusion complète de la convention d'un ou de plusieurs Etats, outre qu'elle restreindrait le cercle de son application, serait une atteinte à l'autorité des principes de morale et d'humanité qui sont à sa base.» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 24.)

23. Sans préjudice de l'applicabilité ou non du principe de la «succession automatique» dans le cas de certains types de traités ou conventions internationaux, la Cour ne considère pas nécessaire, pour décider de sa compétence en l'espèce, de se prononcer sur les questions juridiques concernant la succession d'Etats en matière de traités qui ont été soulevées par les Parties. Que la Bosnie-Herzégovine soit devenue automatiquement partie à la convention sur le génocide à la date de son accession à l'indépendance le 6 mars 1992, ou qu'elle le soit devenue par l'effet — rétroactif ou non — de sa notification de succession du 29 décembre 1992, en tout état de cause, elle y était partie à la date du dépôt de sa requête, le 20 mars 1993. Tout au plus ces questions pourraient-elles, le cas échéant, revêtir une certaine pertinence au regard de la détermination de l'étendue *ratione temporis* de la compétence de la Cour, point sur lequel la Cour se penchera plus loin (voir paragraphe 34).

24. La Yougoslavie a aussi soutenu, dans sa sixième exception préliminaire, que, si la notification faite par la Bosnie-Herzégovine le 29 décembre 1992 devait être interprétée comme constituant un instrument d'adhésion au sens de l'article XI de la convention sur le génocide, elle n'aurait pu prendre effet, conformément à l'article XIII de la convention, que le quatre-vingt-dixième jour suivant son dépôt, soit le 29 mars 1993.

La Cour étant parvenue à la conclusion que la Bosnie-Herzégovine pouvait devenir partie à la convention sur le génocide par l'effet d'une succession, la question de l'application des articles XI et XIII de la convention n'a pas à être posée. Elle rappellera toutefois que, comme elle l'a noté dans son ordonnance du 8 avril 1993, même si la Bosnie-Herzégovine devait être considérée comme ayant adhéré à la convention sur le génocide, ce qui aurait pour conséquence que la requête pourrait être tenue pour prématurée au moment de son dépôt le 20 mars 1993, les neuf jours manquant à cette date auraient été couverts par le laps de temps écoulé depuis lors, au cours duquel la Bosnie-Herzégovine aurait pu, de sa propre initiative, remédier à ce défaut procédural par le dépôt d'une nouvelle requête. Peu importe dès lors que la requête eût été déposée quelques jours trop tôt. Comme elle l'indiquera dans les paragraphes suivants, la Cour n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance que celle qu'elles pourraient avoir dans le droit interne.

25. Toutefois, à l'audience, la Yougoslavie a fait valoir que, à supposer même que la Bosnie-Herzégovine ait été liée par la convention en mars 1993, celle-ci n'aurait pu, à cette époque, entrer en vigueur entre

The Court subsequently noted in that Opinion that:

> "The object and purpose of the Genocide Convention imply that it was the intention of the General Assembly and of the States which adopted it that as many States as possible should participate. The complete exclusion from the Convention of one or more States would not only restrict the scope of its application, but would detract from the authority of the moral and humanitarian principles which are its basis." (*I.C.J. Reports 1951*, p. 24.)

23. Without prejudice as to whether or not the principle of "automatic succession" applies in the case of certain types of international treaties or conventions, the Court does not consider it necessary, in order to decide on its jurisdiction in this case, to make a determination on the legal issues concerning State succession in respect to treaties which have been raised by the Parties. Whether Bosnia and Herzegovina automatically became party to the Genocide Convention on the date of its accession to independence on 6 March 1992, or whether it became a party as a result — retroactive or not — of its Notice of Succession of 29 December 1992, at all events it was a party to it on the date of the filing of its Application on 20 March 1993. These matters might, at the most, possess a certain relevance with respect to the determination of the scope *ratione temporis* of the jurisdiction of the Court, a point which the Court will consider later (paragraph 34 below).

24. Yugoslavia has also contended, in its sixth preliminary objection, that, if the Notice given by Bosnia and Herzegovina on 29 December 1992 had to be interpreted as constituting an instrument of accession within the meaning of Article XI of the Genocide Convention, it could only have become effective, pursuant to Article XIII of the Convention, on the 90th day following its deposit, that is, 29 March 1993.

Since the Court has concluded that Bosnia and Herzegovina could become a party to the Genocide Convention as a result of a succession, the question of the application of Articles XI and XIII of the Convention does not arise. However, the Court would recall that, as it noted in its Order of 8 April 1993, even if Bosnia and Herzegovina were to be treated as having acceded to the Genocide Convention, which would mean that the Application could be said to be premature by nine days when filed on 20 March 1993, during the time elapsed since then, Bosnia and Herzegovina could, on its own initiative, have remedied the procedural defect by filing a new Application. It therefore matters little that the Application had been filed some days too early. As will be indicated in the following paragraphs, the Court is not bound to attach the same degree of importance to considerations of form as they might possess in domestic law.

25. However, in the oral proceedings Yugoslavia submitted that, even supposing that Bosnia and Herzegovina had been bound by the Convention in March 1993, it could not, at that time, have entered into force

les Parties, car les deux Etats ne se reconnaissaient pas et les conditions nécessaires pour conférer une base consensuelle à la juridiction de la Cour faisaient par suite défaut. Telle n'est cependant plus la situation qui prévaut depuis la signature et l'entrée en vigueur, le 14 décembre 1995, des accords de Dayton-Paris, dont l'article X stipule:

> «La République fédérative de Yougoslavie et la République de Bosnie-Herzégovine se reconnaissent l'une l'autre comme Etats indépendants souverains à l'intérieur de leurs frontières internationales. Les autres aspects de leur reconnaissance réciproque feront l'objet de nouveaux pourparlers.»

26. Aux fins de se prononcer sur sa compétence en l'espèce, la Cour n'a pas à trancher la question de savoir quels peuvent être les effets d'une situation de non-reconnaissance sur les liens contractuels entre parties à un traité multilatéral. Il lui suffira de constater qu'à supposer même que la convention sur le génocide ne soit entrée en vigueur entre les Parties qu'à la signature des accords de Dayton-Paris, toutes les conditions sont à présent réunies pour fonder la compétence de la Cour *ratione personae*.

Certes, la compétence de la Cour doit normalement s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance. Cependant la Cour, comme sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, a toujours eu recours au principe selon lequel elle ne doit pas sanctionner un défaut qui affecterait un acte de procédure et auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède. Ainsi, dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la Cour permanente s'est exprimée de la sorte:

> «Même si la base de l'introduction d'instance était défectueuse pour la raison mentionnée, ce ne serait pas une raison suffisante pour débouter le demandeur de sa requête. La Cour, exerçant une juridiction internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne. Dans ces conditions, même si l'introduction avait été prématurée, parce que le traité de Lausanne n'était pas encore ratifié, ce fait aurait été couvert par le dépôt ultérieur des ratifications requises.» (*C.P.J.I. série A n° 2*, p. 34.)

C'est du même principe que procède le *dictum* suivant de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*:

> «Même si la nécessité d'une contestation formelle ressortait de l'article 23, cette condition pourrait être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la Partie demanderesse. La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître.» (*C.P.J.I. série A n° 6*, p. 14.)

La présente Cour a fait application de ce principe dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 28), ainsi que dans celle des

between the Parties, because the two States did not recognize one another and the conditions necessary to found the consensual basis of the Court's jurisdiction were therefore lacking. However, this situation no longer obtains since the signature, and the entry into force on 14 December 1995, of the Dayton-Paris Agreement, Article X of which stipulates that:

> "The Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Bosnia and Herzegovina recognize each other as sovereign independent States within their international borders. Further aspects of their mutual recognition will be subject to subsequent discussions."

26. For the purposes of determining its jurisdiction in this case, the Court has no need to settle the question of what the effects of a situation of non-recognition may be on the contractual ties between parties to a multilateral treaty. It need only note that, even if it were to be assumed that the Genocide Convention did not enter into force between the Parties until the signature of the Dayton-Paris Agreement, all the conditions are now fulfilled to found the jurisdiction of the Court *ratione personae*.

It is the case that the jurisdiction of the Court must normally be assessed on the date of the filing of the act instituting proceedings. However, the Court, like its predecessor, the Permanent Court of International Justice, has always had recourse to the principle according to which it should not penalize a defect in a procedural act which the applicant could easily remedy. Hence, in the case concerning the *Mavrommatis Palestine Concessions*, the Permanent Court said:

> "Even if the grounds on which the institution of proceedings was based were defective for the reason stated, this would not be an adequate reason for the dismissal of the applicant's suit. The Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance which they might possess in municipal law. Even, therefore, if the application were premature because the Treaty of Lausanne had not yet been ratified, this circumstance would now be covered by the subsequent deposit of the necessary ratifications." (*P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 34.)

The same principle lies at the root of the following *dictum* of the Permanent Court of International Justice in the case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*:

> "Even if, under Article 23, the existence of a definite dispute were necessary, this condition could at any time be fulfilled by means of unilateral action on the part of the applicant Party. And the Court cannot allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends solely on the Party concerned." (*P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 14.)

The present Court applied this principle in the case concerning the *Northern Cameroons* (*I.C.J. Reports 1963*, p. 28), as well as *Military and*

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique) lorsqu'elle a déclaré: «Il n'y aurait aucun sens à obliger maintenant le Nicaragua à entamer une nouvelle procédure sur la base du traité — ce qu'il aurait pleinement le droit de faire.» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 428-429, par. 83.)

En l'occurrence, quand bien même il serait établi que les Parties, qui étaient liées chacune par la convention au moment du dépôt de la requête, ne l'auraient été entre elles qu'à compter du 14 décembre 1995, la Cour ne saurait écarter sa compétence sur cette base dans la mesure où la Bosnie-Herzégovine pourrait à tout moment déposer une nouvelle requête, identique à la présente, qui serait de ce point de vue inattaquable.

Au vu de ce qui précède, la Cour estime devoir rejeter la troisième exception préliminaire de la Yougoslavie.

*

27. Reste à la Cour, pour déterminer si elle a compétence pour connaître de l'affaire sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide, à vérifier s'il existe entre les Parties un différend entrant dans les prévisions de cette disposition. L'article IX de la convention est ainsi conçu:

> «Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend.»

C'est sur la compétence *ratione materiae* ainsi définie que porte la cinquième exception de la Yougoslavie.

28. En leur dernier état, les demandes présentées à titre principal par la Bosnie-Herzégovine tendent à ce que la Cour dise et juge que la Yougoslavie a violé de diverses façons la convention sur le génocide; ordonne à la Yougoslavie de mettre fin aux actes contraires aux obligations stipulées dans la convention; et dise que la Yougoslavie a engagé sa responsabilité internationale à raison de ces violations, dont elle doit réparer les conséquences de manière appropriée. Si la Yougoslavie s'est abstenue de déposer un contre-mémoire au fond et a soulevé des exceptions préliminaires, elle n'en a pas moins globalement rejeté toutes les allégations de la Bosnie-Herzégovine, que ce soit au stade des procédures afférentes aux demandes en indication de mesures conservatoires, ou au stade de la présente procédure relative auxdites exceptions.

29. Conformément à une jurisprudence bien établie, la Cour constate en conséquence qu'il persiste

> «une situation dans laquelle les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations découlant d['un traité], sont nettement opposés» (*Interprétation des traités*

Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. *United States of America)* when it stated: "It would make no sense to require Nicaragua now to institute fresh proceedings based on the Treaty, which it would be fully entitled to do." (*I.C.J. Reports 1984*, pp. 428-429, para. 83.)

In the present case, even if it were established that the Parties, each of which was bound by the Convention when the Application was filed, had only been bound as between themselves with effect from 14 December 1995, the Court could not set aside its jurisdiction on this basis, inasmuch as Bosnia and Herzegovina might at any time file a new application, identical to the present one, which would be unassailable in this respect.

In the light of the foregoing, the Court considers that it must reject Yugoslavia's third preliminary objection.

*

27. In order to determine whether it has jurisdiction to entertain the case on the basis of Article IX of the Genocide Convention, it remains for the Court to verify whether there is a dispute between the Parties that falls within the scope of that provision. Article IX of the Convention is worded as follows:

> "Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute."

It is jurisdiction *ratione materiae*, as so defined, to which Yugoslavia's fifth objection relates.

28. In their final form, the principal requests submitted by Bosnia and Herzegovina are for the Court to adjudge and declare that Yugoslavia has in several ways violated the Genocide Convention; to order Yugoslavia to cease the acts contrary to the obligations stipulated in the Convention; and to declare that Yugoslavia has incurred international responsibility by reason of those violations, for which it must make appropriate reparation. While Yugoslavia has refrained from filing a Counter-Memorial on the merits and has raised preliminary objections, it has nevertheless wholly denied all of Bosnia and Herzegovina's allegations, whether at the stage of proceedings relating to the requests for the indication of provisional measures, or at the stage of the present proceedings relating to those objections.

29. In conformity with well-established jurisprudence, the Court accordingly notes that there persists

> "a situation in which the two sides hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain treaty obligations" (*Interpretation of Peace Treaties with*

de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 74)

et que, du fait du rejet, par la Yougoslavie, des griefs formulés à son encontre par la Bosnie-Herzégovine, «il existe un différend d'ordre juridique» entre elles (*Timor oriental (Portugal c. Australie), C.I.J. Recueil 1995*, p. 100, par. 22).

30. Pour asseoir sa compétence, la Cour doit cependant encore s'assurer que le différend en question entre bien dans les prévisions de l'article IX de la convention sur le génocide.

La Yougoslavie le conteste. Elle exclut l'existence, en l'espèce, d'un «différend international» au sens de la convention en se fondant sur deux propositions: d'une part, le conflit qui a eu pour théâtre certaines parties du territoire du demandeur aurait été de nature interne, la Yougoslavie n'y aurait pas été partie et elle n'aurait pas exercé de juridiction sur ce territoire à l'époque considérée; et, d'autre part, la responsabilité d'Etat telle que visée dans les demandes de la Bosnie-Herzégovine serait exclue du champ d'application de l'article IX.

31. La Cour se penchera d'abord sur la première proposition formulée par la Yougoslavie.

Elle commencera à cet effet par rappeler les termes de l'article I de la convention sur le génocide, ainsi libellé:

> «Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir.»

La Cour n'aperçoit dans cette disposition aucun élément qui subordonnerait l'applicabilité de la convention à la condition que les actes qu'elle vise aient été commis dans le cadre d'un conflit de nature déterminée. Les parties contractantes y expriment leur volonté de considérer le génocide comme un «crime du droit des gens» qu'elles doivent prévenir et punir indépendamment du contexte «de paix» ou «de guerre» dans lequel il se produirait. Il en découle, de l'avis de la Cour, que la convention est applicable, sans considération particulière pour les circonstances liées au caractère interne ou international d'un conflit, dès lors que les actes qu'elle vise à ses articles II et III sont perpétrés. En d'autres termes, quelle que soit la nature du conflit qui serve de cadre à de tels actes, les obligations de prévention et de répression qui sont à charge des Etats parties à la convention demeurent identiques.

Pour ce qui est de la question de savoir si la Yougoslavie a été partie prenante — directement ou indirectement — au conflit ici en cause, la Cour se bornera à constater que les Parties soutiennent à cet égard des points de vue radicalement opposés et qu'elle ne saurait, à ce stade de la procédure, trancher cette question, qui relève clairement du fond.

S'agissant enfin des problèmes territoriaux liés à l'application de la convention, la Cour relèvera que la seule disposition pertinente à ce pro-

Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 74)

and that, by reason of the rejection by Yugoslavia of the complaints formulated against it by Bosnia and Herzegovina, "there is a legal dispute" between them (*East Timor (Portugal* v. *Australia), I.C.J. Reports 1995*, p. 100, para. 22).

30. To found its jurisdiction, the Court must, however, still ensure that the dispute in question does indeed fall within the provisions of Article IX of the Genocide Convention.

Yugoslavia disputes this. It contests the existence in this case of an "international dispute" within the meaning of the Convention, basing itself on two propositions: first, that the conflict occurring in certain parts of the Applicant's territory was of a domestic nature, Yugoslavia was not party to it and did not exercise jurisdiction over that territory at the time in question; and second, that State responsibility, as referred to in the requests of Bosnia and Herzegovina, was excluded from the scope of application of Article IX.

31. The Court will begin with a consideration of Yugoslavia's first proposition.

In doing so, it will start by recalling the terms of Article I of the Genocide Convention, worded as follows:

> "The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish."

The Court sees nothing in this provision which would make the applicability of the Convention subject to the condition that the acts contemplated by it should have been committed within the framework of a particular type of conflict. The contracting parties expressly state therein their willingness to consider genocide as "a crime under international law", which they must prevent and punish independently of the context "of peace" or "of war" in which it takes place. In the view of the Court, this means that the Convention is applicable, without reference to the circumstances linked to the domestic or international nature of the conflict, provided the acts to which it refers in Articles II and III have been perpetrated. In other words, irrespective of the nature of the conflict forming the background to such acts, the obligations of prevention and punishment which are incumbent upon the States parties to the Convention remain identical.

As regards the question whether Yugoslavia took part — directly or indirectly — in the conflict at issue, the Court would merely note that the Parties have radically differing viewpoints in this respect and that it cannot, at this stage in the proceedings, settle this question, which clearly belongs to the merits.

Lastly, as to the territorial problems linked to the application of the Convention, the Court would point out that the only provision relevant

pos, l'article VI, se contente de prévoir que les personnes accusées de l'un des actes prohibés par la convention «seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis...» Elle rappellera par ailleurs les conséquences qu'elle a inférées, dans son avis précité du 28 mai 1951, de l'objet et du but de la convention:

> «Les origines de la convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme «un crime de droit des gens» impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946). Cette conception entraîne une première conséquence: les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire «pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux» (préambule de la convention).» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23.)

Il en résulte que les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations *erga omnes*. La Cour constate que l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention.

32. La Cour en vient maintenant à la seconde proposition de la Yougoslavie, relative au type de responsabilité d'Etat qui serait visée à l'article IX de la convention. D'après la Yougoslavie, seule serait couverte la responsabilité découlant du manquement d'un Etat à ses obligations de prévention et de répression telles qu'envisagées aux articles V, VI et VII; en revanche, la responsabilité d'un Etat à raison d'un acte de génocide perpétré par l'Etat lui-même serait exclue du champ d'application de la convention.

La Cour observera qu'en visant «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III», l'article IX n'exclut aucune forme de responsabilité d'Etat.

La responsabilité d'un Etat pour le fait de ses organes n'est pas davantage exclue par l'article IV de la convention, qui envisage la commission d'un acte de génocide par des «gouvernants» ou des «fonctionnaires».

33. Au vu de ce qui précède, la Cour estime devoir rejeter la cinquième exception préliminaire de la Yougoslavie. Elle fera d'ailleurs observer qu'il ressort à suffisance des termes mêmes de cette exception que les Parties, non seulement s'opposent sur les faits de l'espèce, sur leur imputabilité et sur l'applicabilité à ceux-ci des dispositions de la convention sur le génocide, mais, en outre, sont en désaccord quant au sens et à la portée juridique de plusieurs de ces dispositions, dont l'article IX. Pour la Cour, il ne saurait en conséquence faire de doute qu'il existe entre elles un différend relatif à «l'interprétation, l'application ou l'exécution de la ...

to this, Article VI, merely provides for persons accused of one of the acts prohibited by the Convention to "be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed . . .". It would also recall its understanding of the object and purpose of the Convention, as set out in its Opinion of 28 May 1951, cited above:

> "The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble to the Convention)." (*I.C.J. Reports 1951*, p. 23.)

It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations *erga omnes*. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention.

32. The Court now comes to the second proposition advanced by Yugoslavia, regarding the type of State responsibility envisaged in Article IX of the Convention. According to Yugoslavia, that Article would only cover the responsibility flowing from the failure of a State to fulfil its obligations of prevention and punishment as contemplated by Articles V, VI and VII; on the other hand, the responsibility of a State for an act of genocide perpetrated by the State itself would be excluded from the scope of the Convention.

The Court would observe that the reference in Article IX to "the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III", does not exclude any form of State responsibility.

Nor is the responsibility of a State for acts of its organs excluded by Article IV of the Convention, which contemplates the commission of an act of genocide by "rulers" or "public officials".

33. In the light of the foregoing, the Court considers that it must reject the fifth preliminary objection of Yugoslavia. It would moreover observe that it is sufficiently apparent from the very terms of that objection that the Parties not only differ with respect to the facts of the case, their imputability and the applicability to them of the provisions of the Genocide Convention, but are moreover in disagreement with respect to the meaning and legal scope of several of those provisions, including Article IX. For the Court, there is accordingly no doubt that there exists a dispute between them relating to "the interpretation, application or

convention, y compris ... la responsabilité d'un Etat en matière de génocide...», selon la formule utilisée par cette dernière disposition (voir *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1988*, p. 27-32).

*

34. Etant parvenue à la conclusion qu'elle a compétence en l'espèce, tant *ratione personae* que *ratione materiae* sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide, il incombe encore à la Cour de préciser l'étendue de cette compétence *ratione temporis*. Dans ses sixième et septième exceptions préliminaires, la Yougoslavie, se fondant sur le principe de la non-rétroactivité des actes juridiques, a en effet fait valoir à titre subsidiaire que, quand bien même la Cour serait compétente sur la base de la convention, elle ne pourrait connaître que des faits postérieurs aux différentes dates auxquelles la convention aurait pu devenir applicable entre les Parties. A cet égard, la Cour se bornera à observer que la convention sur le génocide — et en particulier son article IX — ne comporte aucune clause qui aurait pour objet ou pour conséquence de limiter de la sorte l'étendue de sa compétence *ratione temporis* et que les Parties elles-mêmes n'ont formulé aucune réserve à cet effet, ni à la convention, ni à l'occasion de la signature des accords de Dayton-Paris. La Cour constate ainsi qu'elle a compétence en l'espèce pour assurer l'application de la convention sur le génocide aux faits pertinents qui se sont déroulés depuis le début du conflit dont la Bosnie-Herzégovine a été le théâtre. Cette constatation est d'ailleurs conforme à l'objet et au but de la convention tels que définis par la Cour en 1951 et rappelés ci-dessus (voir paragraphe 31). La Cour estime par suite devoir rejeter les sixième et septième exceptions préliminaires de la Yougoslavie.

* *

35. Après le dépôt de sa requête, la Bosnie-Herzégovine a invoqué diverses bases supplémentaires de compétence de la Cour en l'espèce. Bien qu'elle se soit essentiellement prévalue, tant au cours de la procédure écrite qu'orale, de l'article IX de la convention sur le génocide, la Bosnie-Herzégovine a indiqué qu'elle maintenait ses prétentions au titre de ces bases supplémentaires. Elle a en particulier précisé à l'audience que si elle renonçait «à toutes les demandes [exposées dans sa requête] qui ne sont pas directement liées au génocide commis par la Yougoslavie ou auquel elle a contribué», lesdites bases supplémentaires pouvaient néanmoins

> «présenter un certain intérêt pour permettre à la Cour de se prononcer sur certains moyens auxquels la Yougoslavie a eu recours pour perpétrer le génocide dont elle est accusée, en particulier le recours à

fulfilment of the . . . Convention, including . . . the responsibility of a State for genocide . . .", according to the form of words employed by that latter provision (cf. *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988*, pp. 27-32).

*

34. Having reached the conclusion that it has jurisdiction in the present case, both *ratione personae* and *ratione materiae* on the basis of Article IX of the Genocide Convention, it remains for the Court to specify the scope of that jurisdiction *ratione temporis*. In its sixth and seventh preliminary objections, Yugoslavia, basing its contention on the principle of the non-retroactivity of legal acts, has indeed asserted as a subsidiary argument that, even though the Court might have jurisdiction on the basis of the Convention, it could only deal with events subsequent to the different dates on which the Convention might have become applicable as between the Parties. In this regard, the Court will confine itself to the observation that the Genocide Convention — and in particular Article IX — does not contain any clause the object or effect of which is to limit in such manner the scope of its jurisdiction *ratione temporis*, and nor did the Parties themselves make any reservation to that end, either to the Convention or on the occasion of the signature of the Dayton-Paris Agreement. The Court thus finds that it has jurisdiction in this case to give effect to the Genocide Convention with regard to the relevant facts which have occurred since the beginning of the conflict which took place in Bosnia and Herzegovina. This finding is, moreover, in accordance with the object and purpose of the Convention as defined by the Court in 1951 and referred to above (see paragraph 31). As a result, the Court considers that it must reject Yugoslavia's sixth and seventh preliminary objections.

* *

35. After the filing of its Application, Bosnia and Herzegovina invoked various additional bases of jurisdiction of the Court in the present case. Even though, in both the written and oral proceedings, it relied essentially upon Article IX of the Genocide Convention, Bosnia and Herzegovina indicated that it was maintaining its claims in relation to those additional grounds of jurisdiction. In particular, it specified at the hearing that while it was renouncing "all the claims [set forth in its Application] which are not directly linked to the genocide committed or abetted by Yugoslavia", those additional bases could nonetheless

> "present a degree of interest, enabling the Court to make findings on some of the means used by Yugoslavia to perpetrate the genocide of which it stands accused, and particularly its recourse to a war of

une guerre d'agression au cours de laquelle elle a commis des infractions graves aux conventions de Genève de 1949 et aux protocoles I et II de 1977»;

et la Bosnie-Herzégovine d'ajouter que «la Cour pourrait procéder ainsi sur le seul fondement de l'article IX», tout en expliquant que:

> «La possibilité de s'appuyer sur d'autres bases de compétence ... serait de nature au moins à ... éviter des controverses stériles entre les Parties sur la question de savoir si ces comportements sont ou non «suffisamment directement liés» à la convention.»

36. La Yougoslavie, pour sa part, a soutenu, au cours de la procédure, que la Cour ne pourrait prendre en considération celles de ces bases supplémentaires qui auraient pu être mentionnées dans la requête et ne l'ont pas été. Toutefois, dans ses conclusions finales, elle n'a pas réitéré cette objection et a prié la Cour, pour les motifs y indiqués, de décliner toute compétence au titre desdites bases.

*

37. Ainsi que la Cour l'a indiqué plus haut (voir paragraphe 4), l'agent de la Bosnie-Herzégovine a déposé au Greffe, le 31 mars 1993, le texte d'une lettre en date du 8 juin 1992, adressée au président de la commission d'arbitrage de la conférence internationale pour la paix en Yougoslavie par M. Momir Bulatović, président de la République du Monténégro, et M. Slobodan Milosević, président de la République de Serbie. Selon la traduction française de cette lettre, fournie par la Bosnie-Herzégovine, ceux-ci s'y exprimaient notamment comme suit:

> «La RF yougoslave est d'avis que toutes les disputes légales qui ne peuvent pas être résolues entre la RF yougoslave et les anciennes républiques yougoslaves, qu'elles devraient être soumises à la Cour internationale de la Paix, qui est le principal organe judiciaire des Nations Unies.
>
> En conséquence, et étant donné que les questions demandées dans votre lettre sont de nature légale, la RF yougoslave propose que, en cas où une solution n'est pas trouvée entre les participants à la conférence, les questions susmentionnées soient jugées par la Cour internationale de la Paix, en concordance avec son Statut.»

La Cour estime que, compte tenu des circonstances dans lesquelles la lettre en question a été écrite, ainsi que des déclarations qui l'ont suivie, elle ne peut considérer celle-ci comme exprimant un engagement immédiat des deux présidents, ayant force obligatoire pour la Yougoslavie, d'accepter inconditionnellement que soit soumise à la Cour, par requête unilatérale, une grande diversité de différends juridiques. Elle confirme ainsi la conclusion provisoire à laquelle elle était parvenue à cet égard dans ses ordonnances du 8 avril (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 16-18, par. 27-32) et du 13 septembre 1993 (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 340-341, par. 32);

> aggression during which it seriously violated the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Protocols I and II";

and Bosnia and Herzegovina went on to say that "The Court might proceed in this way on the basis of Article IX alone", explaining that

> "The possibility of relying on other bases of jurisdiction . . . would at least . . . avoid futile arguments between the Parties as to whether such conduct is or is not linked 'with sufficient directness' to the Convention."

36. Yugoslavia, for its part, contended during the proceedings that the Court could not take account of such additional grounds as could have been referred to in the Application but to which no reference was in fact made. However, in its final submissions, it did not reiterate that objection and asked the Court, for the reasons there given, to declare that it lacked jurisdiction on those grounds.

*

37. As the Court has indicated above (see paragraph 4), the Agent of Bosnia and Herzegovina filed in the Registry, on 31 March 1993, the text of a letter dated 8 June 1992 that was addressed to the President of the Arbitration Commission of the International Conference for Peace in Yugoslavia by Mr. Momir Bulatović, President of the Republic of Montenegro, and Mr. Slobodan Milosević, President of the Republic of Serbia. According to the English translation of that letter provided by Bosnia and Herzegovina, they expressed the following views, *inter alia:*

> "FR Yugoslavia holds the view that all legal disputes which cannot be settled by agreement between FR Yugoslavia and the former Yugoslav republics should be taken to the International Court of Justice, as the principal judicial organ of the United Nations.
>
> Accordingly, and in view of the fact that all the issues raised in your letter are of a legal nature, FR Yugoslavia proposes that in the event that agreement is not reached among the participants in the Conference, these questions should be adjudicated by the International Court of Justice, in accordance with its Statute."

The Court finds that, given the circumstances in which that letter was written and the declarations that ensued, it could not be taken as expressing an immediate commitment by the two Presidents, binding on Yugoslavia, to accept unconditionally the unilateral submission to the Court of a wide range of legal disputes. It thus confirms the provisional conclusion which it had reached in this regard in its Orders of 8 April (*I.C.J. Reports 1993*, pp. 16-18, paras. 27-32) and 13 September 1993 (*I.C.J. Reports 1993*, pp. 340-341, para. 32); besides, no fundamentally new argument has been presented to it on this matter since that time. It fol-

aucun argument fondamentalement nouveau ne lui a d'ailleurs été présenté à ce sujet depuis lors. La Cour ne peut par suite trouver dans ladite lettre une base supplémentaire à sa compétence dans la présente affaire.

38. La Cour a également rappelé ci-dessus (voir paragraphe 7) que, par une communication en date du 6 août 1993, l'agent de la Bosnie-Herzégovine a indiqué que son gouvernement entendait en outre faire valoir, comme base supplémentaire de compétence, le traité entre les Puissances alliées et associées (les Etats-Unis d'Amérique, l'Empire britannique, la France, l'Italie et le Japon) et le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes, signé à Saint-Germain-en-Laye le 10 septembre 1919 et entré en vigueur le 16 juillet 1920. Le chapitre I de ce traité concerne la protection des minorités et comporte un article 11 aux termes duquel:

> «L'Etat serbe-croate-slovène agrée que tout membre du Conseil de la Société des Nations aura le droit de signaler à l'attention du Conseil toute infraction ou danger d'infraction à l'une quelconque de ces obligations, et le Conseil pourra prendre telles mesures et donner telles instructions qui paraîtront appropriées et efficaces dans la circonstance.
>
> L'Etat serbe-croate-slovène agrée en outre qu'en cas de divergence d'opinion, sur des questions de droit ou de fait concernant ces articles entre l'Etat serbe-croate-slovène et l'une quelconque des principales Puissances alliées et associées ou toute autre Puissance, membre du Conseil de la Société des Nations, cette divergence sera considérée comme un différend ayant un caractère international selon les termes de l'article 14 du Pacte de la Société des Nations. L'Etat serbe-croate-slovène agrée que tout différend de ce genre sera, si l'autre partie le demande, déféré à la Cour permanente de Justice internationale. La décision de la Cour permanente sera sans appel et aura la même force et valeur qu'une décision rendue en vertu de l'article 13 du Pacte.»

Quant au chapitre II, concernant la succession en matière de traités, le commerce, le traitement des navires étrangers et la liberté de transit, il comporte un article 16 qui prévoit notamment que:

> «Tous les droits et privilèges accordés par les articles précédents aux Puissances alliées et associées seront également acquis à tous les Etats Membres de la Société des Nations.»

La Bosnie-Herzégovine soutient pour l'essentiel que, par l'effet de ces deux dispositions, tout Membre de la Société des Nations pouvait porter devant la Cour permanente un différend tombant sous le coup de l'article 11; que l'Assemblée générale des Nations Unies s'est substituée au Conseil de la Société des Nations en la matière; et que la Bosnie-Herzégovine, étant Membre de l'Organisation des Nations Unies, peut aujourd'hui, par le jeu de l'article 37 du Statut, saisir la présente Cour, sur la base du traité de 1919, de son différend avec la Yougoslavie.

La Cour considère que, dans la mesure où la Yougoslavie serait

lows that the Court cannot find in that letter an additional basis of jurisdiction in the present case.

38. The Court has likewise recalled above (see paragraph 7) that, by a communication dated 6 August 1993, the Agent of Bosnia and Herzegovina indicated that his Government intended likewise to submit, as an additional basis of jurisdiction, the Treaty between the Allied and Associated Powers (the United States of America, the British Empire, France, Italy and Japan) and the Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes, that was signed at Saint-Germain-en-Laye on 10 September 1919 and entered into force on 16 July 1920. Chapter I of that Treaty concerns the protection of minorities and includes an Article 11 according to which:

> "The Serb-Croat-Slovene State agrees that any Member of the Council of the League of Nations shall have the right to bring to the attention of the Council any infraction, or any danger of infraction, of any of these obligations, and that the Council may thereupon take such action and give such directions as it may deem proper and effective in the circumstances.
>
> The Serb-Croat-Slovene State further agrees that any difference of opinion as to questions of law or fact arising out of these Articles between the Serb-Croat-Slovene State and any one of the Principal Allied and Associated Powers or any other Power, a member of the Council of the League of Nations, shall be held to be a dispute of an international character under Article 14 of the Covenant of the League of Nations. The Serb-Croat-Slovene State hereby consents that any such dispute shall, if the other party thereto demands, be referred to the Permanent Court of International Justice. The decision of the Permanent Court shall be final and shall have the same force and effect as an award under Article 13 of the Covenant."

Chapter II, which concerns succession in respect of treaties, trade, the treatment of foreign vessels and freedom of transit, includes an Article 16 which provides, *inter alia*, that

> "All rights and privileges accorded by the foregoing Articles to the Allied and Associated Powers shall be accorded equally to all States Members of the League of Nations."

Bosnia and Herzegovina substantially contends that, by the effect of those two provisions, any Member of the League of Nations could refer to the Permanent Court a dispute to which Article 11 applied; that the General Assembly of the United Nations has taken the place of the Council of the League of Nations in respect of such matters; and that Bosnia and Herzegovina, as a Member of the United Nations, may now, by operation of Article 37 of the Statute, seise the present Court of its dispute with Yugoslavia, on the basis of the 1919 Treaty.

The Court considers that, in so far as Yugoslavia is now bound by the

aujourd'hui liée par le traité de 1919 en tant que successeur du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes, ses obligations, en vertu de ce traité, seraient limitées à son territoire actuel; or elle constate que la Bosnie-Herzégovine n'a présenté dans sa requête aucune demande concernant le traitement des minorités en Yougoslavie. Dans ces conditions, la Cour ne peut pas retenir le traité de 1919 comme une base sur laquelle sa compétence en l'espèce pourrait être fondée. Elle confirme donc, sur ce point aussi, la conclusion provisoire à laquelle elle était parvenue dans son ordonnance du 13 septembre 1993 (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 339-340, par. 29-31); aucun argument fondamentalement nouveau n'a d'ailleurs, à cet égard non plus, été avancé depuis lors.

39. Comme la Cour l'a également rappelé ci-dessus (voir paragraphe 7), la Bosnie-Herzégovine, par une lettre de son agent datée du 10 août 1993, a encore invoqué en tant que base supplémentaire de compétence en l'espèce

> «le droit international de la guerre coutumier et conventionnel et ... le droit international humanitaire, y compris, mais sans que cette énumération soit limitative, les quatre conventions de Genève de 1949, le premier protocole additionnel de 1977 à ces conventions, le règlement annexé à la convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, le statut du Tribunal de Nuremberg, le jugement qu'il a rendu et les principes qu'il a appliqués».

Ainsi qu'elle l'a déjà relevé dans son ordonnance du 13 septembre 1993 (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 341, par. 33), la Cour n'aperçoit dans aucun des instruments précités de clause afférente à sa compétence. Elle note au demeurant que le demandeur n'a plus fait état, par la suite, de cette base de compétence comme telle.

40. La Bosnie-Herzégovine a enfin avancé, à un stade ultérieur de la procédure, deux thèses connexes visant à asseoir la compétence de la Cour en l'espèce sur d'autres bases encore.

Selon la première de ces thèses, la Yougoslavie aurait, par divers aspects de son comportement au cours des procédures incidentes ouvertes par les demandes en indication de mesures conservatoires, acquiescé à la compétence de la Cour sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide. La Cour étant parvenue ci-dessus à la conclusion qu'elle a compétence sur la base de cette disposition, elle n'a plus à se pencher sur cette question.

Selon la seconde thèse, la Yougoslavie ayant, le 1er avril 1993, recommandé elle-même l'indication de mesures conservatoires dont certaines tendaient à la protection de droits non couverts par la convention sur le génocide, elle aurait, conformément à la doctrine du *forum prorogatum (stricto sensu)*, consenti à ce que la Cour dispose en l'espèce d'une compétence plus large que celle prévue à l'article IX de la convention. Compte tenu de la nature des mesures conservatoires ultérieurement sollicitées par la Yougoslavie le 9 août 1993 — lesquelles tendaient exclusivement à la protection de droits conférés par la convention sur le géno-

1919 Treaty as successor to the Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes, its obligations under that Treaty would be limited to its present territory; it notes that Bosnia and Herzegovina has put forward no claim in its Application concerning the treatment of minorities in Yugoslavia. In these circumstances, the Court is unable to uphold the 1919 Treaty as a basis on which its jurisdiction in this case could be founded. On this point as well, the Court thus confirms the provisional conclusion reached in its Order of 13 September 1993 (*I.C.J. Reports 1993*, pp. 339-340, paras. 29-31); besides, no fundamentally new argument has been presented on this matter either, since that time.

39. As the Court has also recalled above (see paragraph 7), Bosnia and Herzegovina, by a letter from its Agent dated 10 August 1993, further invoked as an additional basis of jurisdiction in the present case

> "the Customary and Conventional International Laws of War and International Humanitarian Law, including but not limited to the Four Geneva Conventions of 1949, their First Additional Protocol of 1977, the Hague Regulations on Land Warfare of 1907, and the Nuremberg Charter, Judgment, and Principles".

As it has already pointed out in its Order of 13 September 1993 (*I.C.J. Reports 1993*, p. 341, para. 33), the Court can find no provision relevant to its jurisdiction in any of the above-mentioned instruments. It notes, in addition, that the Applicant has made no further reference to this basis of jurisdiction as such.

40. Lastly, at a later stage of the proceedings, Bosnia and Herzegovina advanced two related arguments aimed at basing the Court's jurisdiction in this case on still other grounds.

According to the first of those arguments, Yugoslavia, by various aspects of its conduct in the course of the incidental proceedings set in motion by the requests for the indication of provisional measures, had acquiesced in the jurisdiction of the Court on the basis of Article IX of the Genocide Convention. As the Court has already reached the conclusion that it has jurisdiction on the basis of that provision, it need no longer consider that question.

According to the second argument, as Yugoslavia, on 1 April 1993, itself called for the indication of provisional measures some of which were aimed at the preservation of rights not covered by the Genocide Convention, it was said, in accordance with the doctrine of *forum prorogatum (stricto sensu)*, to have given its consent to the exercise by the Court, in the present case, of a wider jurisdiction than that provided for in Article IX of the Convention. Given the nature of both the provisional measures subsequently requested by Yugoslavia on 9 August 1993 — which were aimed exclusively at the preservation of rights conferred by

cide —, ainsi que des déclarations non équivoques par lesquelles la Yougoslavie a constamment contesté la compétence de la Cour — que ce soit sur la base de la convention sur le génocide ou sur toute autre base — au cours de la suite de la procédure, la Cour estime devoir confirmer la conclusion provisoire à laquelle elle était parvenue à ce sujet dans son ordonnance du 13 septembre 1993 (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 341-342, par. 34). La Cour ne trouve pas que le défendeur a exprimé en l'espèce un consentement «volontaire, indiscutable» (voir *Détroit de Corfou, exception préliminaire, arrêt, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 27) qui lui accorderait une compétence excédant celle qu'elle s'est déjà reconnue au titre de l'article IX de la convention sur le génocide.

•

41. Il découle de ce qui précède que la Cour ne peut retenir aucune des bases supplémentaires de compétence invoquées par le demandeur et qu'elle n'est compétente pour connaître de l'affaire que sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide.

• • •

42. S'étant prononcée sur les exceptions soulevées par la Yougoslavie au sujet de sa compétence, la Cour passera maintenant à l'examen des exceptions yougoslaves qui ont trait à la recevabilité de la requête.

•

43. Selon la première exception préliminaire de la Yougoslavie, la requête serait irrecevable motif pris de ce qu'elle se réfère à des événements survenus dans le cadre d'une guerre civile, et qu'il n'existerait en conséquence aucun différend international sur lequel la Cour pourrait se prononcer.

Cette exception est très proche de la cinquième exception sur laquelle la Cour s'est déjà penchée ci-dessus (paragraphes 27-33). En répondant à cette dernière exception, la Cour a également, en réalité, répondu à la présente. Ayant constaté qu'il existe bien entre les Parties un différend entrant dans les prévisions de l'article IX de la convention sur le génocide — c'est-à-dire un différend international —, la Cour ne saurait conclure au caractère irrecevable de la requête au seul motif que, pour trancher ce différend, elle serait amenée à prendre en considération des événements survenus, le cas échéant, dans un contexte de guerre civile. La première exception de la Yougoslavie doit par suite être rejetée.

44. Aux termes de la deuxième exception de la Yougoslavie, la requête serait irrecevable parce que M. Alija Izetbegović n'aurait pas occupé les fonctions de président de la République — mais seulement celles de pré-

the Genocide Convention — and the unequivocal declarations whereby Yugoslavia consistently contended during the subsequent proceedings that the Court lacked jurisdiction — whether on the basis of the Genocide Convention or on any other basis — the Court finds that it must confirm the provisional conclusion that it reached on that subject in its Order of 13 September 1993 (*I.C.J. Reports 1993*, pp. 341-342, para. 34). The Court does not find that the Respondent has given in this case a "voluntary and indisputable" consent (see *Corfu Channel, Preliminary Objection, Judgment, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 27) which would confer upon it a jurisdiction exceeding that which it has already acknowledged to have been conferred upon it by Article IX of the Genocide Convention.

•

41. It follows from the foregoing that the Court is unable to uphold any of the additional bases of jurisdiction invoked by the Applicant and that its only jurisdiction to entertain the case is on the basis of Article IX of the Genocide Convention.

• • •

42. Having ruled on the objections raised by Yugoslavia with respect to its jurisdiction, the Court will now proceed to consider the objections of Yugoslavia that relate to the admissibility of the Application.

•

43. According to the first preliminary objection of Yugoslavia, the Application is said to be inadmissible on the ground that it refers to events that took place within the framework of a civil war, and there is consequently no international dispute upon which the Court could make a finding.

This objection is very close to the fifth objection which the Court has already considered (paragraphs 27-33). In responding to the latter objection, the Court has in fact also answered this. Having noted that there does indeed exist between the Parties a dispute falling within the provisions of Article IX of the Genocide Convention — that is to say an international dispute —, the Court cannot find that the Application is inadmissible on the sole ground that, in order to decide the dispute, it would be impelled to take account of events that may have occurred in a context of civil war. It follows that the first objection of Yugoslavia must be rejected.

44. According to the second objection of Yugoslavia, the Application is inadmissible because, as Mr. Alija Izetbegović was not serving as President of the Republic — but only as President of the Presidency — at the

sident de la présidence — au moment où il a donné l'autorisation d'introduire l'instance, et que cette autorisation aurait de ce fait été accordée en violation de règles de droit interne d'importance fondamentale. La Yougoslavie a également soutenu que M. Izetbegović n'aurait pas même exercé légalement, à l'époque, les fonctions de président de la présidence.

La Cour n'a pas, pour se prononcer sur cette exception, à examiner les dispositions de droit interne qui ont été invoquées à l'appui ou à l'encontre de ladite exception au cours de la procédure. Conformément au droit international, il ne fait pas de doute que tout chef d'Etat est présumé pouvoir agir au nom de l'Etat dans ses relations internationales (voir par exemple la convention de Vienne sur le droit des traités, art. 7, par. 2 *a)*). Or, comme la Cour l'a constaté dans son ordonnance du 8 avril 1993 (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 11, par. 13), au moment du dépôt de la requête, M. Izetbegović avait été reconnu, en particulier par l'Organisation des Nations Unies, comme étant le chef d'Etat de la Bosnie-Herzégovine. De surcroît, la qualité de chef d'Etat a continué de lui être reconnue dans de nombreuses enceintes internationales par la suite et plusieurs accords internationaux — parmi lesquels les accords de Dayton-Paris — portent sa signature. La deuxième exception préliminaire de la Yougoslavie doit en conséquence aussi être rejetée.

*

45. La Cour conclut de ce qui précède que la requête déposée par la Bosnie-Herzégovine le 20 mars 1993 est recevable.

* * *

46. La Cour a pris acte du retrait de la quatrième exception et a rejeté les autres exceptions préliminaires de la Yougoslavie. Au terme du présent arrêt, elle tient à préciser qu'elle n'en considère pas pour autant que la Yougoslavie aurait, en présentant ces exceptions, abusé des droits qu'elle tire en la matière du paragraphe 6 de l'article 36 du Statut de la Cour et de l'article 79 de son Règlement. La Cour rejette donc la demande formulée à cet égard par la Bosnie-Herzégovine dans ses conclusions finales. La Cour doit, dans chaque instance introduite devant elle, vérifier si elle a compétence pour connaître de l'affaire et, le cas échéant, si la requête est recevable; les exceptions éventuellement soulevées par la partie défenderesse peuvent être utiles pour clarifier la situation juridique. En l'occurrence, les exceptions préliminaires présentées par la Yougoslavie ont eu cette fonction. Ayant établi sa compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide, et ayant conclu à la recevabilité de la requête, la Cour peut désormais procéder à l'examen du fond de l'affaire sur cette base.

* * *

time at which he granted the authorization to initiate proceedings, that authorization was granted in violation of certain rules of domestic law of fundamental significance. Yugoslavia likewise contended that Mr. Izetbegović was not even acting legally at that time as President of the Presidency.

The Court does not, in order to rule on that objection, have to consider the provisions of domestic law which were invoked in the course of the proceedings either in support of or in opposition to that objection. According to international law, there is no doubt that every Head of State is presumed to be able to act on behalf of the State in its international relations (see for example the Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 7, para. 2 *(a)*). As the Court found in its Order of 8 April 1993 (*I.C.J. Reports 1993*, p. 11, para. 13), at the time of the filing of the Application, Mr. Izetbegović was recognized, in particular by the United Nations, as the Head of State of Bosnia and Herzegovina. Moreover, his status as Head of State continued subsequently to be recognized in many international bodies and several international agreements — including the Dayton-Paris Agreement — bear his signature. It follows that the second preliminary objection of Yugoslavia must also be rejected.

*

45. The Court concludes from the foregoing that the Application filed by Bosnia and Herzegovina on 20 March 1993 is admissible.

* * *

46. The Court has taken note of the withdrawal of the fourth preliminary objection of Yugoslavia and has rejected the other preliminary objections. In conclusion, the Court emphasizes that in so doing it does not consider that Yugoslavia has, in presenting those objections, abused its rights to do so under Article 36, paragraph 6, of the Statute of the Court and Article 79 of the Rules of Court. The Court rejects the request made to that end by Bosnia and Herzegovina in its final submissions. The Court must, in each case submitted to it, verify whether it has jurisdiction to deal with the case, and, if necessary, whether the Application is admissible, and such objections as are raised by the Respondent may be useful to clarify the legal situation. As matters now stand, the preliminary objections presented by Yugoslavia have served that purpose. Having established its jurisdiction under Article IX of the Genocide Convention, and having concluded that the Application is admissible, the Court may now proceed to consider the merits of the case on that basis.

* * *

47. Par ces motifs,

LA COUR,

1) Ayant pris acte du retrait de la quatrième exception préliminaire soulevée par la République fédérative de Yougoslavie,

Rejette

a) par quatorze voix contre une,

les première, deuxième et troisième exceptions préliminaires;

POUR: M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Parra-Aranguren, *juges*; M. Lauterpacht, *juge* ad hoc;

CONTRE: M. Kreća, *juge* ad hoc;

b) par onze voix contre quatre,

la cinquième exception préliminaire;

POUR: M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Koroma, Ferrari Bravo, Parra-Aranguren, *juges*; M. Lauterpacht, *juge* ad hoc;

CONTRE: MM. Oda, Shi, Vereshchetin, *juges*; M. Kreća, *juge* ad hoc;

c) par quatorze voix contre une,

les sixième et septième exceptions préliminaires;

POUR: M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Parra-Aranguren, *juges*; M. Lauterpacht, *juge* ad hoc;

CONTRE: M. Kreća, *juge* ad hoc;

2) *a)* Par treize voix contre deux,

Dit qu'elle a compétence, sur la base de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, pour statuer sur le différend;

POUR: M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Parra-Aranguren, *juges*; M. Lauterpacht, *juge* ad hoc;

CONTRE: M. Oda, *juge*; M. Kreća, *juge* ad hoc;

b) Par quatorze voix contre une,

Ecarte les bases supplémentaires de compétence invoquées par la République de Bosnie-Herzégovine;

POUR: M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Parra-Aranguren, *juges*; M. Kreća, *juge* ad hoc;

CONTRE: M. Lauterpacht, *juge* ad hoc;

47. For these reasons,

THE COURT,

(1) Having taken note of the withdrawal of the fourth preliminary objection raised by the Federal Republic of Yugoslavia,

Rejects

(a) by fourteen votes to one,

the first, second and third preliminary objections;

IN FAVOUR: *President* Bedjaoui; *Vice-President* Schwebel; *Judges* Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Parra-Aranguren; *Judge* ad hoc Lauterpacht;

AGAINST: *Judge* ad hoc Kreća;

(b) by eleven votes to four,

the fifth preliminary objection;

IN FAVOUR: *President* Bedjaoui; *Vice-President* Schwebel; *Judges* Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Koroma, Ferrari Bravo, Parra-Aranguren; *Judge* ad hoc Lauterpacht;

AGAINST: *Judges* Oda, Shi, Vereshchetin; *Judge* ad hoc Kreća;

(c) by fourteen votes to one,

the sixth and seventh preliminary objections;

IN FAVOUR: *President* Bedjaoui; *Vice-President* Schwebel; *Judges* Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Parra-Aranguren; *Judge* ad hoc Lauterpacht;

AGAINST: *Judge* ad hoc Kreća;

(2) *(a)* by thirteen votes to two,

Finds that, on the basis of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, it has jurisdiction to adjudicate upon the dispute;

IN FAVOUR: *President* Bedjaoui; *Vice-President* Schwebel; *Judges* Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Parra-Aranguren; *Judge* ad hoc Lauterpacht;

AGAINST: *Judge* Oda; *Judge* ad hoc Kreća;

(b) By fourteen votes to one,

Dismisses the additional bases of jurisdiction invoked by the Republic of Bosnia and Herzegovina;

IN FAVOUR: *President* Bedjaoui; *Vice-President* Schwebel; *Judges* Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Parra-Aranguren; *Judge* ad hoc Kreća;

AGAINST: *Judge* ad hoc Lauterpacht;

3) Par treize voix contre deux,

Dit que la requête déposée par la République de Bosnie-Herzégovine le 20 mars 1993 est recevable.

POUR : M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Parra-Aranguren, *juges*; M. Lauterpacht, *juge* ad hoc;

CONTRE : M. Oda, *juge*; M. Kreća, *juge* ad hoc.

Fait en français et en anglais, le texte français faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le onze juillet mil neuf cent quatre-vingt-seize, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine et au Gouvernement de la République fédérative de Yougoslavie.

Le Président,
(Signé) Mohammed BEDJAOUI.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

M. ODA, juge, joint une déclaration à l'arrêt; MM. SHI et VERESHCHETIN, juges, joignent une déclaration commune à l'arrêt; M. LAUTERPACHT, juge *ad hoc*, joint une déclaration à l'arrêt.

MM. SHAHABUDDEEN, WEERAMANTRY et PARRA-ARANGUREN, juges, joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion individuelle.

M. KREĆA, juge *ad hoc*, joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente.

(Paraphé) M.B.
(Paraphé) E.V.O.

(3) By thirteen votes to two,

Finds that the Application filed by the Republic of Bosnia and Herzegovina on 20 March 1993 is admissible.

IN FAVOUR: *President* Bedjaoui; *Vice-President* Schwebel; *Judges* Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Parra-Aranguren; *Judge* ad hoc Lauterpacht;

AGAINST: *Judge* Oda; *Judge* ad hoc Kreća.

Done in French and in English, the French text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this eleventh day of July, one thousand nine hundred and ninety-six, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina and the Government of the Federal Republic of Yugoslavia, respectively.

(Signed) Mohammed BEDJAOUI,
President.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

Judge ODA appends a declaration to the Judgment of the Court; Judges SHI and VERESHCHETIN append a joint declaration to the Judgment of the Court; Judge *ad hoc* LAUTERPACHT appends a declaration to the Judgment of the Court.

Judges SHAHABUDDEEN, WEERAMANTRY and PARRA-ARANGUREN append separate opinions to the Judgment of the Court.

Judge *ad hoc* KREĆA appends a dissenting opinion to the Judgment of the Court.

(Initialled) M.B.
(Initialled) E.V.O.

DECLARATION OF JUDGE ODA

1. I feel some disquiet at being dissociated from the great majority of the Court, particularly in view of my abhorrence of the appalling events which took place in Bosnia and Herzegovina in 1992-1993. It is, however, as a matter of legal conscience that I present my position that the Court should dismiss the Application filed by Bosnia and Herzegovina on 20 March 1993.

The main reason for my negative vote is my conviction that the Court lacks jurisdiction *ratione materiae*, as the Applicant, in its Application, did not assert the existence of a dispute with the Respondent under the Genocide Convention which could have led to the Court being seised of the present case.

•

2. Bosnia and Herzegovina, which relies upon Article IX of the Genocide Convention as a basis for the Court's jurisdiction, has requested the Court to adjudge and declare principally that Yugoslavia (Serbia and Montenegro (hereinafter called "Yugoslavia")) has breached its legal obligations towards Bosnia and Herzegovina under the Genocide Convention, that Yugoslavia must immediately desist from its breaches of these obligations, and that Yugoslavia has to make reparation for the damages to persons and property and to the Bosnian economy and environment that have been caused by its violations of international law.

In my view, however, Bosnia and Herzegovina, in its Application, has not given any indication of opposing views regarding the *application or interpretation* of the Genocide Convention which may have existed at the time of filing of the Application, which alone can enable the Court to find that there is a dispute with Yugoslavia under that Convention.

3. If any dispute were to be unilaterally submitted to the Court by one of the Contracting Parties to a treaty pursuant to the compromissory clause of that treaty, this would mean in essence that the dispute had arisen because of (i) the alleged *failure* of another Contracting Party *to fulfil the obligations imposed by that treaty* — a failure for which it is responsible — and (ii) the *infringement of the rights bestowed upon the former State by that treaty* due to that failure. The failure of the other State is itself a violation of the treaty but such a violation alone cannot be interpreted as constituting a dispute between the applicant State and the respondent State relating to that treaty unless it can

DÉCLARATION DE M. ODA

[Traduction]

1. Ce n'est pas sans une certaine réticence que je me dissocie de la grande majorité des membres de la Cour, compte tenu en particulier de l'horreur que m'inspirent les événements atroces qui ont eu lieu en Bosnie-Herzégovine en 1992-1993. Ma conscience de juriste m'oblige toutefois à exposer pourquoi j'estime que la Cour devrait rejeter la requête introduite par la Bosnie-Herzégovine le 20 mars 1993.

Si mon vote est négatif, c'est principalement parce que je suis convaincu que la Cour n'est pas compétente *ratione materiae*, au motif que la Partie requérante n'a pas dans sa requête établi l'existence d'un différend relevant de la convention sur le génocide l'opposant au défendeur qui aurait pu permettre à la Cour de se saisir de la présente affaire.

•

2. La Bosnie-Herzégovine, qui fait fond sur l'article IX de la convention sur le génocide pour invoquer la juridiction de la Cour, a demandé à celle-ci à titre principal de dire et juger que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro — ci-après dénommée la «Yougoslavie») a manqué à ses obligations juridiques vis-à-vis de la Bosnie-Herzégovine au regard de la convention sur le génocide, que la Yougoslavie doit cesser immédiatement de violer ces obligations, et que la Yougoslavie est tenue de réparer les dommages que ses violations du droit international ont causés aux personnes et aux biens ainsi qu'à l'économie et à l'environnement de la Bosnie-Herzégovine.

J'estime néanmoins que la Bosnie-Herzégovine n'a aucunement indiqué qu'aurait pu exister à l'époque où elle a introduit sa requête *un conflit d'opinions concernant l'application ou l'interprétation de la convention sur le génocide*, qui seul permettrait à la Cour de juger qu'un différend au sens de cette convention l'oppose à la Yougoslavie.

3. Si un différend devait être soumis unilatéralement à la Cour par l'une des parties contractantes à un traité en application de la clause compromissoire y figurant, cela signifierait essentiellement que le différend est né: i) parce qu'une autre partie contractante *n'aurait pas exécuté les obligations mises à sa charge par ce traité* — un manquement engageant sa responsabilité — et ii) parce qu'*il aurait été porté atteinte aux droits conférés au premier Etat par ce traité* du fait de ce manquement. Ce manquement est en lui-même une violation du traité mais cette violation ne peut à elle seule être interprétée comme constituant un différend entre l'Etat requérant et l'Etat défendeur relativement à ce traité s'il n'est pas

be shown to have infringed such rights of the former State as are protected thereby.

*

4. The Genocide Convention is unique in having been adopted by the General Assembly in 1948 at a time when — due to the success of the Nuremberg Trials — the idea prevailed that an international criminal tribunal should be established for the punishment of criminal acts directed against human rights, including genocide; it is essentially directed *not* to the rights and obligations of States *but* to the protection of rights of individuals and groups of persons which have become recognized as universal.

To be sure, the Contracting Parties to the Convention defined genocide as "a crime under international law" (Art. I). The Convention binds the Contracting Parties to punish persons responsible for those acts, whoever they may be, and is thus directed to the punishment of persons committing genocide and genocidal acts (Art. IV). The Contracting Parties undertake "to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention" (Art. V).

As persons committing genocide or genocidal acts may possibly be "constitutionally responsible rulers [or] public officials" (Art. IV), the Convention contains a specific provision which allows "[a]ny Contracting Party [to] call upon the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of [those acts]" (Art. VIII) and contemplates the establishment of an international penal tribunal (Art. VI).

Genocide is defined as "a crime under international law which [the Contracting Parties] undertake to prevent and to punish" (Art. I). Even if this general clause (which was subjected to criticism at the Sixth Committee in 1948 when it was felt by some delegates that it should have been placed in the preamble, but *not* in the main text) is to be interpreted as meaning specifically that the Contracting Parties are obliged "to prevent and to punish" genocide or genocidal acts, these legal obligations are borne in a general manner *erga omnes* by the Contracting Parties in their relations with all the other Contracting Parties to the Convention — or, even, with the international community as a whole — but are *not* obligations in relation to any specific and particular signatory Contracting Party.

The failure of any Contracting Party "to prevent and to punish" such a crime may only be rectified and remedied through (i) resort to a competent organ of the United Nations (Art. VIII) or (ii) resort to an international penal tribunal (Art. VI), but *not* by invoking the responsibility of States in inter-State relations before the International Court of Justice. This constitutes a unique character of the Convention which was pro-

établi que ce dernier Etat a porté atteinte aux droits du premier Etat protégés par le traité en question.

*

4. La convention sur le génocide est unique en ce qu'elle a été adoptée par l'Assemblée générale en 1948 à une époque où — en raison du succès des procès de Nuremberg — l'idée prospérait qu'il fallait créer un tribunal pénal international pour réprimer les actes criminels dirigés contre les droits de l'homme, dont le génocide; elle vise essentiellement *non* les droits et obligations des Etats *mais* la protection de droits aujourd'hui universellement reconnus à l'individu et aux groupes de population.

Certes, les parties contractantes à la convention définissent le génocide comme «un crime du droit des gens» (article premier). La convention oblige les parties contractantes à punir les personnes ayant commis un génocide ou des actes de génocide (art. IV). Les parties contractantes s'engagent à prendre «conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente convention» (art. V).

Comme les personnes commettant un génocide ou des actes de génocide peuvent être «des gouvernants [ou] des fonctionnaires» (art. IV), la convention permet expressément à «toute partie contractante [de] saisir les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression de [ces actes]» (art. VIII) et envisage la création d'une cour criminelle internationale (art. VI).

Le génocide est défini comme «un crime du droit des gens [que les parties contractantes] s'engagent à prévenir et à punir» (article premier). Même si l'on doit interpréter cette disposition générale (qui a été critiquée à la Sixième Commission en 1948, certains représentants estimant qu'elle aurait dû être placée dans le préambule et *non* dans le texte même) comme signifiant spécifiquement que les parties contractantes sont tenues «de prévenir et de punir» le génocide et les actes de génocide, ces obligations juridiques sont supportées d'une manière générale *erga omnes* par les parties contractantes dans leurs relations avec toutes les autres parties à la convention — ou même avec l'ensemble de la communauté internationale — mais *ne sont pas* des obligations à l'égard d'une partie contractante signataire particulière ou définie.

Au cas où une partie contractante manquerait à «prévenir et punir» un tel crime, il peut être remédié à ce manquement uniquement: i) en saisissant un organe compétent de l'Organisation des Nations Unies (art. VIII) ou ii) en saisissant une cour criminelle internationale (art. VI), mais *non* en invoquant la responsabilité des Etats dans les relations interétatiques devant la Cour internationale de Justice. Il s'agit là d'une caractéristique

duced in the post-war period in parallel with the emergence of the concept of the protection of human rights and humanity.

5. In this regard, some explanation of the dispute settlement provision of the Convention (Art. IX) may be pertinent. It reads as follows:

> "Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute"

and is unique as compared with the compromissory clauses found in other multilateral treaties which provide for submission to the International Court of Justice of such disputes between the Contracting Parties as relate to the *interpretation or application* of the treaties in question.

The construction of Article IX of the Genocide Convention is very uncertain as it incorporates specific references to "[d]isputes . . . relating to . . . fulfilment of the Convention" and to "disputes relating to the responsibility of a State for genocide or [genocidal acts]" — references which can hardly be understood in any meaningful sense as a compromissory clause.

The original draft of the Genocide Convention was drawn up by an *Ad Hoc* Committee on Genocide in the ECOSOC in April-May 1948, and contained an orthodox type of compromissory clause (*Official Records of the Economic and Social Council, Third Year, Seventh Session, Supplement No. 6*), which read:

> "Disputes between the High Contracting Parties relating to the *interpretation or application* of this Convention shall be submitted to the International Court of Justice, *provided that* no dispute shall be submitted to the International Court of Justice involving an issue which has been referred to and is pending before or has been passed upon by a competent international criminal tribunal." (Emphasis added.)

When this draft was taken up by the Sixth Committee of the General Assembly in its Third Session in October 1948, the addition of the two aforementioned references was proposed (*Official Records of the General Assembly, Third Session, Sixth Committee*, Annexes, p. 28: A/C6/258) without, in my view, the drafters having a clear picture of the new type of convention to be adopted. While some delegates understood that "fulfilment" would not be different from "application", a proposal to delete "fulfilment" from the additions was rejected by 27 votes to 10, with 8 abstentions. However, another deletion of the words "including [disputes] relating to the responsibility of a State for genocide or [genocidal

unique de la convention, élaborée à une époque — l'après-guerre — où la notion de protection des droits de l'homme et de l'humanité faisait son apparition.

5. A cet égard, il peut être pertinent d'expliquer la disposition de la convention relative au règlement des différends (art. IX). Elle est ainsi libellée:

> «Les différends entre les parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend»;

et elle est unique si on la compare aux clauses compromissoires d'autres traités multilatéraux qui prévoient la soumission à la Cour internationale de Justice des différends entre les parties contractantes ayant trait à leur *interprétation* ou *application*.

La construction de l'article IX de la convention sur le génocide est très incertaine en ce qu'elle contient des références expresses aux «différends ... relatifs à ... l'exécution de la présente convention» et aux «différends relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou [d'actes de génocide]» — des références qu'il est difficile de comprendre utilement comme constituant une clause compromissoire.

Le projet originaire de la convention sur le génocide a été élaboré par un comité spécial du génocide du Conseil économique et social en avril-mai 1948, et contenait une clause compromissoire plus orthodoxe (*Documents officiels du Conseil économique et social, troisième année, septième session, supplément n° 6*) qui était ainsi libellée:

> «Les différends qui s'élèveraient entre les Hautes Parties contractantes concernant l'*interprétation* ou l'*application* de la présente convention seront soumis à la Cour internationale de Justice, *sous réserve* qu'aucun différend ne sera soumis à la Cour internationale de Justice s'il implique une question qui a été déférée à un tribunal international compétent, est pendante devant ce tribunal, ou a déjà été jugée par lui.» (Les italiques sont de moi.)

Lorsque ce projet a été examiné par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa troisième session en octobre 1948, l'ajout des deux références susmentionnées a été proposé (*Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, Sixième Commission, annexes*, p. 28 (A/C.6/258)) sans qu'à mon avis les rédacteurs aient une idée bien claire de la nouveauté du type de convention qui allait être adopté. Certains représentants ne voyaient pas de différence entre «exécution» et «application», mais une proposition tendant à la suppression du mot «exécution» a été rejetée par 27 voix contre 10, avec 8 abstentions. Toutefois, une autre proposition, tendant à la suppression des mots «y compris [les

acts]" was also rejected but only by 19 votes to 17, with 9 abstentions (*Official Records of the General Assembly, Third Session, Sixth Committee*, SR.104, p. 447). The *travaux préparatoires* of the Convention seem to confirm that there was some measure of confusion among the drafters, reflecting in particular the unique nature of their task in the prevailing spirit of the times.

How can one then interpret this reference to the "responsibility of a State"? As far as I know such a reference has never been employed in any other treaty thereafter. It seems to be quite natural to assume that that reference would not have had any meaningful sense or otherwise would not have added anything to the clause providing for the submission to the Court of disputes relating to the *interpretation or application* of the Convention, because, in general, any inter-State dispute covered by a treaty *per se* always relates to the responsibility of a State and the singling-out of a reference to the responsibility of a State does not have any sense with regard to a compromissory clause.

•

6. In order to seise the Court of the present case, Bosnia and Herzegovina would certainly have had to show that applying the Genocide Convention to the situation in the area of the former Yugoslavia, Yugoslavia could indeed have been responsible for the failure of the fulfilment of the Convention in relation to Bosnia and Herzegovina. But, more particularly, Bosnia and Herzegovina would have to show that Yugoslavia has breached the rights of *Bosnia and Herzegovina as a Contracting Party* (which by definition is a State) that should have been protected under the Convention. This, however, has not been shown in the Application and in fact the Convention is not intended to protect the rights of Bosnia and Herzegovina as a State. Yugoslavia might have been responsible for certain instances of genocide or genocidal acts committed by its public officials or surrogates in the territory of Bosnia and Herzegovina, but this fact alone does not mean that there is a "dispute" between the States relating to the responsibility of a State, as Yugoslavia did not violate the rights bestowed upon Bosnia and Herzegovina by the Convention. I would like to repeat and to emphasize that what should be protected by the Convention is *not* the particular rights of any individual State (Bosnia and Herzegovina in this case) *but* the status of human beings with human rights and the universal interest of the individual in general.

7. What Bosnia and Herzegovina did in its Application was to point to certain *facts* tantamount to genocide or genocidal acts which had allegedly been committed within its territory by the Government of Yugoslavia or by its agents or surrogates, and to submit *claims* alleged to have arisen out of these acts. This cannot be taken to indicate the

différends] relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou [d'actes de génocide]», a elle aussi été rejetée, mais seulement par 19 voix contre 17, avec 9 abstentions (*Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, Sixième Commission*, SR.104, p. 447). Les travaux préparatoires de la conven. on semblent confirmer qu'il régnait une certaine confusion parmi ceux qui l'ont rédigée, tenant en particulier au caractère unique de leur tâche étant donné l'esprit qui régnait à l'époque.

Comment peut-on alors interpréter cette référence à la «responsabilité d'un Etat»? A ma connaissance, elle n'a plus jamais été employée dans aucun autre traité. Il semble tout à fait naturel de supposer que cette référence n'avait pas un sens bien défini ou n'aurait rien ajouté à la clause prévoyant la soumission à la Cour des différends relatifs à l'*interprétation* ou à l'*application* de la convention parce que, en général, tout différend interétatique visé dans un traité a toujours en soi trait à la responsabilité d'un Etat et que la mise en valeur d'une référence à la responsabilité d'un Etat n'a aucun sens pour ce qui est d'une clause compromissoire.

•

6. Pour saisir la Cour de la présente affaire, la Bosnie-Herzégovine aurait dû montrer de manière certaine que, en appliquant la convention sur le génocide à la situation qui prévalait sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, la Yougoslavie aurait de fait pu engager sa responsabilité en n'exécutant pas la convention à l'égard de la Bosnie-Herzégovine. Mais, plus particulièrement, la Bosnie-Herzégovine doit démontrer que la Yougoslavie a violé des droits de la *Bosnie-Herzégovine en tant que partie contractante* (par définition un Etat) qui auraient dû être protégés en vertu de la convention. Or, cela n'a pas été démontré dans la requête et en fait la convention ne vise pas à protéger les droits de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat. La Yougoslavie est peut-être responsable de génocide ou de certains actes de génocide commis par ses fonctionnaires ou ses auxiliaires sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine, mais ce seul fait ne signifie pas qu'il existe entre les deux Etats un «différend» relatif à la responsabilité d'un Etat, car la Yougoslavie n'a pas violé les droits conférés à la Bosnie-Herzégovine par la convention. Je tiens à répéter et à souligner que ce ne sont pas les droits particuliers de tel ou tel Etat (en l'espèce la Bosnie-Herzégovine) qui doivent être protégés par la convention, *mais* des êtres humains ayant des droits fondamentaux et l'intérêt universel de l'individu en général.

7. Dans sa requête, la Bosnie-Herzégovine a allégué que certains *faits* assimilables à un génocide ou à des actes de génocide auraient été commis sur son territoire par le Gouvernement de la Yougoslavie ou les agents ou auxiliaires de celui-ci, et a présenté des demandes en réparation auxquelles ces actes auraient donné naissance. On ne peut considérer que ce fai-

existence of an inter-State dispute relating to the responsibility of a State which could have been made a basis for the Court's jurisdiction.

Bosnia and Herzegovina certainly might have claimed "reparations for any damages to persons and property as well as to the Bosnian economy and environment caused by the . . . violations of international law" (Application, para. 135 *(r)*) — *not* under the Genocide Convention but *only* as a general issue of international law. (Bosnia and Herzegovina states that the claims to reparation for damages have been caused by the violations of *international law*, *not* by the Genocide Convention.) If this is the case, whether the present Court has jurisdiction over such claims under the Genocide Convention is quite a different problem and is irrelevant to the present case.

8. After all, Bosnia and Herzegovina does not appear to allege that it has a dispute with Yugoslavia relating to the interpretation or application of the Genocide Convention, although only such a dispute — and not the commission of genocide or genocidal acts which certainly are categorized as a crime under international law — can constitute a basis of the Court's jurisdiction under the Convention.

•

9. Looking at the new concept of genocide emerging with the Second World War and the corresponding preparation of the Genocide Convention — a new type of treaty to deal with the rights of individuals as a whole, but not with the rights and obligations in the inter-State relations — I question whether the International Court of Justice is the appropriate forum for the airing of the questions relating to genocide or genocidal acts which Bosnia and Herzegovina has raised in the current proceedings. I am inclined to doubt whether international law, the Court, or the welfare of the unfortunate individuals concerned will actually benefit from the consideration of cases of this nature by the Court.

The establishment of an international penal tribunal as contemplated in the Convention is now, after half a century, about to be put into effect by the United Nations General Assembly thanks to the work of the International Law Commission. In addition, one month before the Application of Bosnia and Herzegovina in this case, it was decided on 22 February 1993 by Security Council resolution 808 (1993), that the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia would be established "for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991" and that Tribunal established on 25 May 1993 pursuant to Security Council resolution 827 (1993) is presently in operation.

10. I would like to add one thing and that is that the Court should maintain a very strict position in connection with its jurisdiction. The

sant la Bosnie-Herzégovine a indiqué l'existence d'un différend interétatique relatif à la responsabilité d'un Etat qui pourrait donner compétence à la Cour.

La Bosnie-Herzégovine pouvait à coup sûr demander «des réparations pour les dommages subis par les personnes et les biens ainsi que par l'économie et l'environnement de la Bosnie à raison des violations ... du droit international» (requête, par. 135 *r)*) — *non* en vertu de la convention sur le génocide mais *uniquement* en tant que question générale de droit international (la Bosnie-Herzégovine déclare que ses demandes de réparations ont leur cause dans des violations du *droit international*, non dans la convention sur le génocide). Si tel est le cas, la question de savoir si la Cour est compétente pour connaître de ces demandes en vertu de la convention sur le génocide est un problème tout à fait différent et sans rapport avec la présente affaire.

8. Après tout, la Bosnie-Herzégovine ne semble pas prétendre qu'un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la convention sur le génocide l'oppose à la Yougoslavie, alors que seul un tel différend — et non la commission d'un génocide ou d'actes de génocide, certes qualifiés de crimes en droit international — peut fonder la compétence de la Cour au regard de la convention.

•

9. Considérant la nouveauté de la notion de génocide apparue avec la seconde guerre mondiale et l'élaboration correspondante de la convention sur le génocide — un nouveau type de traité concernant les droits des individus dans leur ensemble, mais non les droits et obligations des Etats dans leurs relations — je me demande si la Cour internationale de Justice est bien l'instance qui convient pour connaître des questions ayant trait au génocide ou à des actes de génocide que la Bosnie-Herzégovine a soulevées en l'espèce. J'ai tendance à douter que l'examen d'affaires de cette nature par la Cour servira le droit international, la Cour ou la cause des malheureux concernés.

Grâce au travail accompli par la Commission du droit international, l'Assemblée générale des Nations Unies est sur le point de créer une cour criminelle internationale comme l'avait envisagé la convention il y a un demi-siècle. En outre, le 22 février 1993, un mois avant que la Bosnie-Herzégovine n'introduise sa requête en la présente affaire, le Conseil de sécurité a décidé dans sa résolution 808 (1993) que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie serait créé «pour poursuivre les personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991» et que le Tribunal créé le 25 mai 1993 en application de la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité est actuellement opérationnel.

10. Je souhaite ajouter une chose, à savoir que la Cour devrait demeurer très stricte sur sa compétence. C'est le consensus d'Etats souverains

consensus of the sovereign States in dispute essentially constitutes the basis of that jurisdiction. Were we ever to relax the basic conditions, I would expect to see a flood of cases pouring into this judicial institution, the task of which is mainly the settlement of international disputes. Genocide is precisely the sort of issue that should be settled by any other appropriate organ of the United Nations as suggested in Article VIII of the Convention, or by the international penal tribunal under Article VI. This is, as I repeat, the main idea of the Genocide Convention.

I admit that the extremely vague and uncertain provision of Article IX of the Genocide Convention may leave room for the Court to allow itself to be seised of the present case, but consider that such a conclusion would be based on a misinterpretation of the real spirit of the Genocide Convention. Moreover, note should be taken in parallel of the repeated resolutions taken by the Security Council or the statements made by the President of the Security Council concerning Yugoslavia (which were made prior to the Dayton-Paris Agreement) and the current work of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia for the determination of criminal responsibility.

11. Finally, I would like to add that my vote against the decision on the jurisdiction of the Court does not in any way prejudge the position I may take during the merits phase with regard to my legal evaluation concerning the allegations of genocide committed in the former Yugoslavia which are covered by the Application of Bosnia and Herzegovina of 20 March 1993.

(Signed) Shigeru ODA.

parties à un différend qui pour l'essentiel fonde cette compétence. Si la Cour devait assouplir ces conditions fondamentales, elle risquerait d'être submergée par un flot d'affaires, alors que sa tâche est principalement de régler les différends internationaux. Le génocide est précisément le type de problème qui devrait être réglé par un autre organe compétent de l'Organisation des Nations Unies comme l'indique l'article VIII de la convention, ou par la cour criminelle internationale visée à l'article VI. Cela est, je le répète, l'idée principale de la convention sur le génocide.

J'admets que les dispositions extrêmement vagues et incertaines de l'article IX de la convention sur le génocide laissent peut-être à la Cour la latitude nécessaire pour se saisir de la présente affaire, mais j'estime qu'une telle conclusion reposerait sur une interprétation erronée du véritable esprit de la convention. En outre, il convient de prendre note en parallèle des résolutions successives adoptées par le Conseil de sécurité ou des déclarations du président du Conseil de sécurité en ce qui concerne la Yougoslavie (qui ont été faites avant les accords de Dayton-Paris) et du travail qu'accomplit actuellement le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie s'agissant de déterminer la responsabilité pénale.

11. Enfin, j'ajouterai que mon vote contre la décision concernant la compétence de la Cour ne préjuge en rien la position que je pourrais adopter lors de l'examen au fond en ce qui concerne mon évaluation juridique des allégations de génocide dans l'ex-Yougoslavie qui figurent dans la requête introduite par la Bosnie-Herzégovine le 20 mars 1993.

(*Signé*) Shigeru ODA.

JOINT DECLARATION OF JUDGES SHI AND VERESHCHETIN

We have voted in favour of paragraphs 1 *(a)*, *(c)*, 2 and 3 of the *dispositif* because we are persuaded that Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide affords an arguable legal basis for the Court's jurisdiction in this case. However, we regret that we were unable to vote for paragraph 1 *(b)* as we are disquieted by the statement of the Court, in paragraph 32 of the Judgment, that Article IX of the Genocide Convention "does not exclude any form of State responsibility". It is this disquiet that we wish briefly to explain.

The Convention on Genocide is essentially and primarily directed towards the punishment of persons committing genocide or genocidal acts and the prevention of the commission of such crimes by individuals. The *travaux préparatoires* show that it was during the last stage of the elaboration of the Convention that, by a very slim majority of 19 votes to 17 with 9 abstentions, the provision relating to the responsibility of States for genocide or genocidal acts was included in the dispute settlement clause of Article IX, without the concurrent introduction of necessary modifications into other articles of the Convention. As can be seen from the authoritative commentary to the Convention, published immediately after its adoption, "there were many doubts as to the actual meaning" of the reference to the responsibility of States (Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention. Its Origin and Interpretation*, 1949, p. 42). As to the creation of a separate civil remedy applicable as between States, the same author observes that "since the Convention does not specifically refer to reparation, the parties to it did not undertake to have accepted the Court's compulsory jurisdiction in this question" (*ibid.*, p. 43).

In substance, the Convention remains an instrument relating to the criminal responsibility of individuals. The Parties undertake to punish persons committing genocide, "whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals", and to enact the necessary legislation to this effect (Arts. IV and V). Persons charged with genocide or genocidal acts are to be tried "by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction . . ." (Art. VI). Such a tribunal was established (after the filing of the Application) specifically for the prosecution of persons responsible for serious violations of humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991.

DÉCLARATION COMMUNE DE MM. SHI ET VERESHCHETIN

[Traduction]

Nous avons voté en faveur des paragraphes 1 *a)*, *c)*, 2 et 3 du dispositif de l'arrêt parce que nous sommes persuadés que l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide offre un fondement juridique défendable à la compétence de la Cour en la présente affaire. Toutefois, nous regrettons de n'avoir pu voter pour le paragraphe 1 *b)*, étant troublés par la déclaration de la Cour figurant au paragraphe 32 de l'arrêt, à savoir que l'article IX de la convention sur le génocide «n'exclut aucune forme de responsabilité d'Etat». C'est ce trouble que nous voudrions brièvement expliquer.

La convention sur le génocide vise essentiellement et au premier chef à punir les personnes commettant un génocide ou des actes de génocide et à prévenir la commission de tels crimes par des individus. Les travaux préparatoires montrent que c'est durant la phase finale de l'élaboration de la convention que, par une très courte majorité de 19 voix contre 17, avec 9 abstentions, la disposition relative à la responsabilité des Etats pour un génocide ou des actes de génocide a été incluse dans la clause relative au règlement des différends de l'article IX sans que les modifications nécessaires aient été simultanément apportées aux autres articles de la convention. Comme il ressort du commentaire de la convention faisant autorité publié immédiatement après l'adoption de celle-ci, «de nombreux doutes existaient quant à la signification réelle» de la référence à la responsabilité des Etats (Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention. Its Origin and Interpretation*, 1949, p. 42). Quant à la création d'un recours civil distinct applicable dans les relations entre Etats, le même auteur fait observer que «la convention ne mentionnant pas expressément la réparation, les parties n'ont pas déclaré avoir accepté la juridiction obligatoire de la Cour sur cette question» (*ibid.*, p. 43).

En substance, la convention demeure un instrument relatif à la responsabilité pénale des individus. Les parties s'engagent à punir les personnes commettant un génocide, «qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers», et à adopter la législation nécessaire à cet effet (art. IV et V). Les personnes accusées de génocide ou d'actes de génocide doivent être traduites «devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente...» (art. VI). Une telle cour a été établie (après l'introduction de la requête) expressément aux fins de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslvie depuis 1991.

The determination of the international community to bring *individual perpetrators* of genocidal acts to justice, irrespective of their ethnicity or the position they occupy, points to the most appropriate course of action. We share the view expressed by Britain's Chief Prosecutor at Nuremberg, Hartley Shawcross, in a recent article in which he declared that

> "There can be no reconciliation unless individual guilt for the appalling crimes of the last few years replaces the pernicious theory of collective guilt on which so much racial hatred hangs." (*International Herald Tribune*, 23 May 1996, p. 8.)

Therefore, in our view, it might be argued that this Court is perhaps not the proper venue for the adjudication of the complaints which the Applicant has raised in the current proceedings.

While we consider that Article IX of the Genocide Convention, to which both the Applicant and the Respondent are parties, affords a basis for the jurisdiction of the Court to the extent that the subject-matter of the dispute relates to "the interpretation, application or fulfilment" of the Convention, and having, for this reason, voted for this Judgment, we nevertheless find ourselves obliged to express our concern over the above-mentioned substantial elements of this case.

(*Signed*) SHI Jiyuong.

(*Signed*) Vladlen S. VERESHCHETIN.

La détermination de la communauté internationale à voir les individus auteurs d'actes de génocide traduits en justice, quelles que soient leur origine ethnique ou la position qu'ils occupent, montre la meilleure manière d'envisager la question. Nous partageons l'opinion ci-après, exprimée par le *Chief Prosecutor* britannique à Nuremberg, M. Hartley Shawcross, dans un article récent :

> « Il ne peut y avoir de réconciliation tant que la culpabilité individuelle pour les crimes horribles commis au cours des quelques dernières années ne remplacera pas la théorie pernicieuse de la responsabilité collective qui nourrit tant de haines raciales. » (*International Herald Tribune*, 23 mai 1996, p. 8.)

Donc, à notre avis, la Cour internationale de Justice n'est peut-être pas l'instance appropriée pour se prononcer sur les griefs formulés par la Partie requérante en la présente instance.

Si nous estimons que l'article IX de la convention sur le génocide, à laquelle le requérant comme le défendeur sont parties, fonde la compétence de la Cour dans la mesure où l'objet du différend touche « l'interprétation, l'application ou l'exécution » de la convention, et ayant, pour cette raison, voté en faveur de l'arrêt, nous nous trouvons néanmoins tenus d'exprimer notre inquiétude en ce qui concerne les éléments de substance susmentionnés de la présente affaire.

(*Signé*) Shi Jiyuong.

(*Signé*) Vladlen S. Vereschchetin.

DECLARATION OF JUDGE LAUTERPACHT

I respectfully concur in operative paragraphs 1, 2 *(a)* and 3 of the Judgment of the Court, but regret that I am unable to vote in favour of paragraph 2 *(b)* in so far as it reflects (as stated in paragraph 40 of the Judgment) a decision of the Court that the conduct of the Federal Republic of Yugoslavia does not "confer upon [the Court] a jurisdiction *exceeding that which it has already acknowledged to have been conferred upon it by Article IX of the Genocide Convention*" (emphasis added). Although the point is now at the very margins of this case, I do not wish to convey any impression of acting in a manner inconsistent with what I said on the question of *forum prorogatum* in paragraphs 24-37 of my separate opinion of 13 September 1993 relating to the Further Requests for the Indication of Provisional Measures (*I.C.J. Reports 1993*, p. 325, pp. 416-442).

(Signed) Elihu LAUTERPACHT.

DÉCLARATION DE M. LAUTERPACHT

[Traduction]

J'approuve respectueusement les paragraphes 1, 2 *a)* et 3 de l'arrêt de la Cour, mais je regrette de ne pouvoir voter en faveur du paragraphe 2 *b)* dans la mesure où il reflète (comme indiqué au paragraphe 40 de l'arrêt) une décision de la Cour selon laquelle le comportement de la République fédérative de Yougoslavie «n'accorde [pas à la Cour] une compétence *excédant celle qu'elle s'est déjà reconnue au titre de l'article IX de la convention sur le génocide*» (les italiques sont de moi). Bien qu'en l'espèce ce point soit maintenant très marginal, je ne souhaite en aucune manière donner l'impression d'adopter une position incompatible avec ce que j'ai dit sur la question du *forum prorogatum* aux paragraphes 24 à 37 de mon opinion individuelle du 13 septembre 1993 relative aux nouvelles demandes en indication de mesures conservatoires (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 416-442).

(Signé) Elihu LAUTERPACHT.

SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

I would like to explain my support for the judgment of the Court on two points, namely, treaty succession and *forum prorogatum*.

Treaty Succession

The course taken by the Court in its judgment makes it unnecessary to consider whether Bosnia and Herzegovina was a party to the Genocide Convention as from the date of its independence. However, as this point was closely argued and is the subject of some attention, I propose to say a word on it.

I think that the more general arguments as to succession to treaties may be put aside in favour of an approach based on the special characteristics of the Genocide Convention. In the case of the *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, the Court likewise considered that the "solution of [the] problems" which arose there "must be found in the special characteristics of the Genocide Convention" (*I.C.J. Reports 1951*, p. 23). The fact that the Genocide Convention provided for the possibility of cessation or denunciation did not affect its special character as found by the Court. It observed:

> "The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th, 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble to the Convention). The Genocide Convention was therefore intended by the General Assembly and by the contracting parties to be definitely universal in scope." (*Ibid.*)

Thus, the universality of the Convention attached both to the principles underlying the Convention and to "the co-operation required 'in

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

Je souhaite expliquer mon vote en faveur de l'arrêt de la Cour sur deux points, à savoir la succession aux traités et le *forum prorogatum*.

SUCCESSION AUX TRAITÉS

Du fait de la démarche adoptée par la Cour dans son arrêt, il n'est pas nécessaire d'examiner si la Bosnie-Herzégovine était partie à la convention sur le génocide à compter de la date de son accession à l'indépendance. Toutefois, comme ce point a été débattu en détail et qu'il retient dans une certaine mesure l'attention, je me propose d'en dire un mot.

Les arguments généraux concernant la succession aux traités peuvent être laissés de côté en faveur d'une approche reposant sur les caractéristiques particulières de la convention sur le génocide. Dans l'affaire des *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour a de même considéré que la «réponse [aux] questions» qui se posent «doit être cherchée dans les traits particuliers que présente la convention sur le génocide» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23). Le fait que la convention sur le génocide prévoyait qu'elle puisse cesser d'être en vigueur ou dénoncée n'affecte pas le caractère particulier que lui a reconnu la Cour. Celle-ci a fait observer ce qui suit:

> «Les origines de la convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme «crime de droit des gens» impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946). Cette conception entraîne une première conséquence: les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire «pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux» (préambule de la convention). La convention sur le génocide a donc été voulue tant par l'Assemblée générale que par les parties contractantes comme une convention de portée nettement universelle.» (*Ibid.*)

Ainsi, l'universalité de la convention concerne tant les principes sur lesquels elle repose que «la coopération nécessaire «pour libérer l'humanité

order to liberate mankind from such an odious scourge'". Obviously, universality as regards co-operation could not be achieved without universality of participation. The Court recognized this when it noted "the clearly universal character of the United Nations under whose auspices the Convention was concluded, and the very wide degree of participation envisaged by Article XI of the Convention" (*I.C.J. Reports 1951*, p. 21). In a famous passage, it said:

> "The objects of such a convention must also be considered. The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions." (*Ibid.*, p. 23.)

It added:

> "The object and purpose of the Genocide Convention imply that it was the intention of the General Assembly and of the States which adopted it that as many States as possible should participate." (*Ibid.*, p. 24.)

If the arguments of Yugoslavia are correct, they lead in one way or another, so far as a successor State such as Bosnia and Herzegovina is concerned, to the introduction of an inescapable time-gap in the protection which the Genocide Convention previously afforded to all of the "human groups" comprised in the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia. There could be many long and single days during such a time-gap when, for all practical purposes, that protection is no longer heard of. It is difficult to appreciate how the inevitability of such a break in protection could be consistent with a Convention the object of which was "on the one hand . . . to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality".

I think that the object and purpose of the Genocide Convention required parties to observe it in such a way as to avoid the creation of such a break in the protection which it afforded. The Convention could not be read as meaning that a party, which was bound under the Convention to apply its jurisdictional provisions for the protection of the "human

d'un fléau aussi odieux». A l'évidence, la coopération ne peut être universelle si la participation ne l'est pas. La Cour l'a reconnu lorsqu'elle a relevé «le caractère nettement universel des Nations Unies sous les auspices desquelles la convention a été conclue et la très large participation que l'article XI de la convention a entendu organiser» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 21). Dans un passage célèbre, elle a déclaré:

> «Les fins d'une telle convention doivent également être reconnues. La Convention a été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur. On ne peut même pas concevoir une convention qui offrirait à un plus haut degré ce double caractère, puisqu'elle vise d'une part à sauvegarder l'existence même de certains groupes humains, d'autre part à confirmer et à sanctionner les principes de morale les plus élémentaires. Dans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des Etats, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme.» (*Ibid.*, p. 23.)

Elle a ajouté:

> «L'objet et le but de la Convention sur le génocide impliquent chez l'Assemblée générale et chez les Etats qui l'ont adoptée l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'Etats.» (*Ibid.*, p. 24.)

Si les arguments de la Yougoslavie sont fondés, ils introduisent d'une manière ou d'une autre, pour un Etat successeur comme la Bosnie-Herzégovine, une interruption inévitable de la protection que la convention sur le génocide accordait auparavant à tous les «groupes humains» qui vivaient dans l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie. L'interruption pourrait durer de longs jours pendant lesquels, à toutes fins utiles, on n'entendrait plus parler de cette protection. On voit mal comment l'inévitabilité d'une telle interruption de la protection pourrait être compatible avec une convention qui vise «d'une part à sauvegarder l'existence même de certains groupes humains, d'autre part à confirmer et à sanctionner les principes de morale les plus élémentaires».

J'estime que l'objet et le but de la convention sur le génocide obligent les parties à la respecter de manière à éviter une telle interruption de la protection qu'elle offre. La convention ne peut être interprétée comme signifiant qu'une partie, tenue aux termes de la convention d'appliquer les dispositions juridictionnelles de celle-ci pour protéger des «groupes

groups" inhabiting a given area, was allowed to regard itself as liberated from those provisions in relation to a successor State by reason of the fact that that particular area was now comprised within the territory of the successor State; such a party would continue to be bound by those provisions in relation to other parties in respect of the same "human groups" while being inconsistently free in relation to the successor State within whose territory breaches of the Convention are allegedly being perpetrated by it.

To effectuate its object and purpose, the Convention would fall to be construed as implying the expression of a unilateral undertaking by each party to the Convention to treat successor States as continuing as from independence any status which the predecessor State had as a party to the Convention. The necessary consensual bond is completed when the successor State decides to avail itself of the undertaking by regarding itself as a party to the treaty. It is not in dispute that, one way or another, Yugoslavia is a party to the Convention. Yugoslavia has therefore to be regarded as bound by a unilateral undertaking to treat Bosnia and Herzegovina (being a successor State) as having been a party to the Convention as from the date of its independence.

It may be said that this approach presents existing parties with problems of retroactivity and uncertainty of status of successor States in so far as the precise position taken by the latter may not emerge until some time after the dates of their independence. The answer is, I think, provided by recourse to the jurisprudence of the Court in the *Right of Passage over Indian Territory* case: the problems in question would be the result of the scheme of the Genocide Convention which parties to the Convention accepted when they accepted the Convention. Since Yugoslavia considers itself a party to the Convention, it is bound by the scheme. Consequently, it has to regard Bosnia and Herzegovina as a party to the Convention as from the date of its independence irrespective of possible difficulties.

The foregoing conclusion is reinforced by the following consideration. The Court would be correct in accepting the generally prevailing view that even Yugoslavia is not a continuation of the international personality of the previous Socialist Federal Republic of Yugoslavia but is a new State and therefore itself a successor State. If, as no one disputes, Yugoslavia is correct in regarding itself as having always been a party to the Convention, this by parity of reasoning applies equally to the case of Bosnia and Herzegovina.

•

Touching on the wider problem concerning State succession to human rights treaties, I am not persuaded, for present purposes, to draw too sharp a distinction between the Genocide Convention (and in particular

humains» habitant une région donnée, peut se considérer comme libérée de ces dispositions à l'égard d'un Etat successeur au motif que la région en cause fait maintenant partie du territoire de cet Etat; une telle partie continuerait d'être liée par ces dispositions à l'égard d'autres parties en ce qui concerne les mêmes «groupes humains» mais en serait contre toute logique libérée à l'égard de l'Etat successeur sur le territoire duquel elle commettrait des violations de la convention.

Pour atteindre son objectif et son but, la convention devrait être interprétée comme impliquant l'expression d'un engagement unilatéral de chacune de ses parties de traiter les Etats successeurs, à compter de leur accession à l'indépendance, comme la continuation de l'Etat prédécesseur en tant que partie à la convention. Le lien consensuel nécessaire est parfait lorsque l'Etat successeur décide de se prévaloir de cet engagement en se considérant comme partie au traité. Il n'est pas contesté que d'une manière ou d'une autre la Yougoslavie est partie à la convention. Elle doit donc être considérée comme liée par un engagement unilatéral de traiter la Bosnie-Herzégovine (en tant qu'Etat successeur) comme ayant été partie à la convention à compter de la date de son accession à l'indépendance.

On pourrait dire que cette approche pose aux parties existantes des problèmes de rétroactivité et les laisse dans l'incertitude quant au statut des Etats successeurs dans la mesure où un certain temps peut s'écouler, à compter de leur accession à l'indépendance, avant que la position exacte de ces derniers ne soit connue. On peut, pour répondre à cela, se reporter à la jurisprudence de la Cour dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*: les problèmes en question résultent du régime de la convention sur le génocide que les parties à celle-ci ont accepté lorsqu'elles l'ont acceptée. Puisque la Yougoslavie se considère partie à la convention, elle est liée par ce régime. Elle doit donc considérer la Bosnie-Herzégovine comme partie à la convention à compter de la date à laquelle cette dernière a accédé à l'indépendance, quelles que soient les éventuelles difficultés.

La conclusion qui précède est confortée par une autre considération: la Cour serait fondée à accepter l'opinion qui prévaut généralement, à savoir que la Yougoslavie elle-même n'est pas la continuation de la personnalité internationale de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie mais est un nouvel Etat et donc un Etat successeur. Si, comme nul ne le conteste, la Yougoslavie est fondée à se considérer comme ayant toujours été partie à la convention, il en va de même, par analogie, de la Bosnie-Herzégovine.

•

S'agissant du problème plus large de la succession d'Etats aux traités relatifs aux droits de l'homme, je ne suis pas persuadé qu'il faille, aux fins de la présente affaire, faire une distinction trop nette entre la convention

its jurisdictional provisions) considered as a measure intended to prevent and punish conduct detrimental to the integrity of certain "human groups" and human rights treaties *stricto sensu*: basically they are all concerned with the rights of the human being — in the case of the Genocide Convention, with some of the most important human rights of all. The origins of the Convention lay in "the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups"; consequently, the "object" of the Convention was to "safeguard the very existence of certain human groups". That object could not be achieved unless it included the safeguarding of the right to life in certain circumstances, ultimately through the jurisdictional provisions of the Convention. One writer, not unreasonably, described the Convention as "the first human rights instrument adopted by the United Nations" (Matthew Lippman, "The Drafting of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", *Boston University International Law Journal*, 1985, Vol. 3, p. 1).

But to say that a treaty is a human rights treaty, while providing a possible foundation, does not necessarily indicate a precise juridical mechanism for treating it as being automatically succeeded to by a successor State consistently with the consensual character of treaty relationships. It is possible that such a juridical mechanism is furnished by drawing on the above-mentioned argument and proposing more generally that the effectuation of the object and purpose of such treaties, inclusive of the desideratum of avoiding operational gaps, will support a construction being placed upon them to the effect that they constitute the expression of a unilateral undertaking by existing parties to treat successor States as parties with effect from the date of emergence into independence. As suggested above, the consensual bond is completed when the successor State avails itself of the undertaking by deciding to regard itself as a party to the treaty.

This could provide an answer to the question whether there is automatic succession in the case of human rights treaties in general. However, I do not propose to express a definite opinion at this point on this complex and much disputed question. The construction referred to suffices, in my view, to answer the question in the case of the Genocide Convention in the light of the specific features of this particular instrument.

Forum Prorogatum

The Court has correctly held that, in the circumstances of the case, this doctrine does not enable jurisdiction to be founded on bases additional to that provided by Article IX of the Genocide Convention. As to jurisdiction under that provision, I agree with the Court in taking the position,

sur le génocide (et en particulier ses dispositions juridictionnelles), considérée comme un texte visant à prévenir et réprimer les comportements portant atteinte à l'intégrité de certains «groupes humains», et les traités relatifs aux droits de l'homme *stricto sensu*: fondamentalement, tous concernent les droits de la personne humaine — dans le cas de la convention sur le génocide, certains des droits de l'homme les plus importants de tous. La convention a son origine dans «l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme «un crime de droit des gens» impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers»; l'«objet» de la convention est donc de «sauvegarder l'existence même de certains groupes humains». Cet objet ne pourrait être réalisé s'il n'impliquait la préservation du droit à la vie dans certaines circonstances, au stade ultime par le biais des dispositions juridictionnelles de la convention. Un auteur, non sans raison, a décrit la convention comme «le premier instrument relatif aux droits de l'homme adopté par les Nations Unies» (Matthew Lippman, «The Drafting of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide», *Boston University International Law Journal*, 1985, vol. 3, p. 1).

Dire qu'un traité est un traité relatif aux droits de l'homme fournit certes un fondement possible, mais n'indique pas nécessairement un mécanisme juridique précis permettant de considérer qu'un Etat successeur y succède automatiquement en respectant le caractère consensuel des relations conventionnelles. Il est possible de découvrir un tel mécanisme juridique dans l'argument susmentionné, et en affirmant plus généralement que l'objet et le but de tels traités, y compris le désir d'éviter les interruptions dans leur application, permettent de les interpréter comme l'expression d'un engagement unilatéral des Etats qui y sont parties de traiter les Etats successeurs comme des parties avec effet à compter de la date de leur accession à l'indépendance. Comme indiqué ci-dessus, le lien consensuel est parfait lorsque l'Etat successeur se prévaut de cet engagement en décidant de se considérer comme partie au traité.

Cela pourrait fournir une réponse à la question de savoir si la succession aux traités relatifs aux droits de l'homme en général est automatique. Je n'ai toutefois pas l'intention d'exprimer une opinion précise à ce stade sur cette question complexe et très controversée. L'interprétation susvisée suffit à mon avis à répondre à la question dans le cas de la convention sur le génocide compte tenu des traits spécifiques de cet instrument particulier.

Forum prorogatum

La Cour a considéré à juste titre qu'étant donné les circonstances de l'espèce cette doctrine ne lui permet pas de fonder sa compétence sur d'autres bases que celles prévues à l'article IX de la convention sur le génocide. Quant à sa compétence en vertu de cette disposition, j'approuve

as I think it has, that the question of the applicability of the doctrine need not be considered. Counsel for Bosnia and Herzegovina submitted — rightly, I think — that the question which arose in the case of that provision was not one of *forum prorogatum*, but one as to whether Yugoslavia had acquiesced in the view that that provision was applicable. There is a distinction between acceptance of the jurisdiction provided for by the jurisdictional provision of a treaty on the basis that the provision itself does not apply and acceptance of the proposition that the jurisdictional provision itself applies. In the first case, the acceptance is the only basis of jurisdiction; in the second case, it is not, being merely an admission that the treaty applies. The latter is how I understood the position taken by counsel for Bosnia and Herzegovina (see CR 96/8, pp. 75-76, 79-80, 81-82, and CR 96/11, p. 52).

Moreover, I agree with what I understood to be also the position taken by counsel for Bosnia and Herzegovina, that is to say, that the doctrine of *forum prorogatum* does not come into play where the same jurisdiction exists under an applicable title of jurisdiction; *ex hypothesi*, the doctrine may be imported only where the jurisdiction in question does not otherwise exist (CR 96/8, p. 82). In this case, the Court having found that Article IX of the Genocide Convention applies as a treaty provision between the parties, there is neither need nor basis for having recourse to the doctrine in question in order to attract the jurisdiction provided for under that provision.

The positions so taken by counsel for Bosnia and Herzegovina accord with the fact that, in paragraph 34 of its Order of 13 September 1993, the Court did not understand that a question of *forum prorogatum* had been raised in respect of Article IX of the Convention; that understanding is retained in paragraph 40 of today's Judgment. The Court's understanding is consistent with the course of the arguments during both of the two previous phases of the case, namely, those of 1-2 April 1993 and those of 25-26 August 1993. (For the stage at which — towards the end of the second phase of the case — and for the circumstances in which the question of *forum prorogatum* was first raised, see *I.C.J. Reports 1993*, pp. 416-420, separate opinion of Judge *ad hoc* Lauterpacht.)

By way of comparison, it may be observed that in the *Corfu Channel* case the plea of *forum prorogatum* was raised, without loss of time, by the United Kingdom both in its written observations and in its oral arguments (see *I.C.J. Reports 1947-1948*, pp. 26 ff.; and *I.C.J. Pleadings, Corfu Channel*, Vol. II, pp. 15-18, particularly para. 9 *(g)* at p. 18, and Vol. III, pp. 36, 56 ff., 66 and 69). In the case of the *Anglo-Iranian Oil Co.*, the initiative was likewise taken, and taken immediately, by the United Kingdom, even though its contentions were not upheld (see *I.C.J. Reports 1952*, pp. 112-114, and *I.C.J. Pleadings, Anglo-Iranian Oil Co.*, pp. 517-518, 540, 544, 553-556, 594, 626, 630 ff.). Immediacy of response is important in appraising the understanding of the parties; *forum pro-*

la position que je pense la Cour a prise, à savoir que l'applicabilité de cette doctrine n'a pas à être examinée. Le conseil de la Bosnie-Herzégovine a déclaré — à mon avis à juste titre — que la question qui se pose au sujet de cette disposition n'est pas une question de *forum prorogatum*, mais celle de savoir si la Yougoslavie a acquiescé à l'opinion selon laquelle cette disposition est applicable. Il y a une différence entre accepter la juridiction prévue par la clause attributive de compétence d'un traité étant entendu que la clause elle-même ne s'applique pas et acquiescer à la conclusion selon laquelle la clause attributive de compétence elle-même s'applique. Dans le premier cas, l'acceptation est le seul fondement de la compétence, dans le second, elle ne l'est pas, car il s'agit seulement d'une admission que le traité s'applique. Cette dernière position est celle qu'à mon avis a prise le conseil de la Bosnie-Herzégovine (voir CR 96/8, p. 75-76, 79-80, 81-82, et CR 96/11, p. 52).

En outre, j'approuve ce que je crois être aussi une position prise par le conseil de la Bosnie-Herzégovine, à savoir que la doctrine du *forum prorogatum* n'intervient pas lorsque la compétence qui en découlerait existe déjà en vertu d'un titre de compétence applicable; par hypothèse, on ne peut invoquer cette doctrine que lorsque la compétence en question ferait autrement défaut (CR 96/8, p. 82). En l'espèce, la Cour ayant jugé que l'article IX de la convention sur le génocide s'applique en tant que disposition conventionnelle liant les parties, il n'est ni nécessaire ni justifié de recourir à la doctrine en question pour fonder la compétence prévue par cette disposition.

Les positions ainsi prises par le conseil de la Bosnie-Herzégovine sont confortées par le fait qu'au paragraphe 34 de son ordonnance du 13 septembre 1993 la Cour a considéré que la question du *forum prorogatum* ne se posait pas en ce qui concerne l'article IX de la convention; elle conserve la même position au paragraphe 40 de l'arrêt rendu ce jour. La position de la Cour correspond bien à la manière dont les arguments ont été formulés durant les deux précédentes phases de l'affaire, à savoir les 1er et 2 avril 1993 et les 25 et 26 août 1993. (Pour le stade auquel — vers la fin de la seconde phase de l'affaire — et les circonstances dans lesquelles la question du *forum prorogatum* a été soulevée pour la première fois, voir *C.I.J. Recueil 1993*, p. 416-420, opinion individuelle de M. Lauterpacht, juge *ad hoc*.)

Par comparaison, on peut noter que dans l'affaire du *Détroit de Corfou* l'argument du *forum prorogatum* a été formulé sans perdre de temps par le Royaume-Uni tant dans ses écritures que dans ses plaidoiries (voir *C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 26 et suiv., et *C.I.J. Mémoires, Détroit de Corfou*, p. 15-18, en particulier le paragraphe 9 *g)*, p. 18, et vol. III, p. 36, 56 et suiv., 66 et 69). Dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, le Royaume-Uni a de même pris l'initiative, et l'a prise immédiatement, même si ses arguments n'ont pas été acceptés (voir *C.I.J. Recueil 1952*, p. 112-114, et *C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.*, p. 517-518, 540, 544, 553-556, 594, 626, 630 et suiv.). L'immédiateté de la réaction est importante lorsque l'on apprécie la position des parties; le *forum proro-*

rogatum rests ultimately on the same consensual foundations which underpin the jurisdiction of the Court.

These considerations support what I believe to be the position taken by the Court, that is to say, that Bosnia and Herzegovina is not relying — and correctly, I think — on *forum prorogatum* in relation to Article IX of the Genocide Convention.

(Signed) Mohamed SHAHABUDDEEN.

gatum repose en dernière analyse sur les mêmes fondements consensuels que la compétence de la Cour.

Ces considérations soutiennent ce que je crois être la position adoptée par la Cour, à savoir que la Bosnie-Herzégovine n'invoque pas — à mon avis à juste titre — le *forum prorogatum* en ce qui concerne l'article IX de la convention sur le génocide.

(*Signé*) Mohamed SHAHABUDDEEN.

SEPARATE OPINION OF JUDGE WEERAMANTRY

TABLE OF CONTENTS

	Page
THE ISSUE OF AUTOMATIC SUCCESSION TO THE GENOCIDE CONVENTION	641
THEORIES RELATING TO STATE SUCCESSION	641
THE "CLEAN SLATE" PRINCIPLE	643
(a) Historical antecedents of the clean slate principle	643
(b) Theoretical bases of the clean slate principle	644
(c) Necessary exceptions to the clean slate principle	645
REASONS FAVOURING VIEW OF AUTOMATIC SUCCESSION TO THE GENOCIDE CONVENTION	645
1. It is not centred on individual State interests	645
2. It transcends concepts of State sovereignty	646
3. The rights it recognizes impose no burden on the State	647
4. The obligations imposed by the Convention exist independently of conventional obligations	647
5. It embodies rules of customary international law	648
6. It is a contribution to global stability	648
7. The undesirability of a hiatus in succession to the Genocide Convention	649
8. The special importance of human rights guarantees against genocide during periods of transition	650
9. The beneficiaries of the Genocide Convention are not third parties in the sense which attracts the *res inter alios acta* principle	651
10. The rights conferred by the Convention are non-derogable	651
INTERNATIONAL PRESSURE FOR RECOGNITION OF THE PRINCIPLE OF AUTOMATIC SUCCESSION	653

OPINION INDIVIDUELLE DE M. WEERAMANTRY

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	Page
QUESTION DE LA SUCCESSION AUTOMATIQUE À LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE	641
THÉORIES RELATIVES À LA SUCCESSION D'ETATS	641
LE PRINCIPE DE LA «TABLE RASE»	643
a) Historique du principe de la table rase	643
b) Fondements théoriques du principe de la table rase	644
c) Exceptions nécessaires au principe de la table rase	645
RAISONS MILITANT EN FAVEUR DE LA SUCCESSION AUTOMATIQUE À LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE	645
1. Elle n'est pas axée sur les intérêts individuels des Etats	645
2. Elle transcende la notion de souveraineté de l'Etat	646
3. Elle reconnaît des droits qui n'imposent aucune charge à l'Etat	647
4. Elle crée des obligations qui existent indépendamment des obligations conventionnelles	647
5. Elle codifie des règles du droit international coutumier	648
6. Elle contribue à la stabilité mondiale	648
7. Une interruption dans la succession à la convention sur le génocide n'est pas souhaitable	649
8. Importance particulière des garanties contre le génocide relevant des droits de l'homme durant les périodes de transition	650
9. Les bénéficiaires de la convention sur le génocide ne sont pas des tiers au sens où le principe *res inter alios acta* serait applicable	651
10. Les droits conférés par la convention ne sont pas susceptibles de dérogation	651
PRESSION INTERNATIONALE EN FAVEUR DE LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE DE LA SUCCESSION AUTOMATIQUE	653

The Issue of Automatic Succession to the Genocide Convention

I agree with the majority of my colleagues that the Court does have jurisdiction in this case. However, this case raises the important issue of automatic succession to the Genocide Convention, which has not been developed in the Court's Judgment. I believe it warrants consideration.

One of the principal concerns of the contemporary international legal system is the protection of the human rights and dignity of every individual. The question of succession to the Genocide Convention raises one of the most essential aspects of such protection.

The topic which I wish to address in this opinion is the continuing applicability of the Convention to the populations to which it has applied. When a convention so significant for the protection of human life has been entered into by a State, and that State thereafter divides into two or more successor States, what is the position of its subjects in the interim period that elapses before the formal recognition of the successor States, or before the new State's formal accession to treaties such as the Genocide Convention? I think this situation should not be passed by without attention, especially having regard to the fact that the foundations for a consideration of this matter are to be found in the Court's Opinion in the earlier case on genocide which came before it over forty years ago (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 15).

Another reason calling for attention to this topic is the fact that the international community is passing through a historical period, when, throughout the world, the phenomenon is being experienced of the splintering of States. This has occurred with particular intensity especially after the end of the Cold War. It is vitally important that the principle of protection of populations against human rights abuses and atrocities should be strengthened in every manner available under current legal principles; and the clarification of the law relating to State succession to a humanitarian treaty so important as the Genocide Convention is eminently such an area.

Bosnia has contended that there is automatic succession to this treaty, and Yugoslavia denies this proposition. This problem leads into the intricate field of State succession to treaties — a field in which there has been much difference of juristic opinion, and in which many competing theories strive for recognition.

Theories Relating to State Succession

State succession is one of the oldest problems of international law. As Oscar Schachter reminds us, this problem goes all the way back

QUESTION DE LA SUCCESSION AUTOMATIQUE À LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE

Je pense comme la majorité de mes collègues que la Cour est bien compétente en la présente affaire. Toutefois, celle-ci soulève l'importante question de la succession automatique à la convention sur le génocide, qui n'a pas été traitée dans l'arrêt de la Cour. J'estime qu'elle mérite examen.

L'un des principaux soucis du système juridique international contemporain est de protéger les droits de l'homme et la dignité de chaque être humain. La question de la succession à la convention sur le génocide touche l'un des aspects les plus essentiels de cette protection.

Le sujet que je souhaite traiter dans la présente opinion est celui de l'applicabilité continue de la convention aux populations auxquelles elle a été appliquée. Lorsqu'un Etat devient partie à une convention aussi importante pour la protection de la vie humaine et que cet Etat se divise ultérieurement en deux Etats successeurs ou plus, quelle est la situation de ses sujets durant la période intérimaire qui précède la reconnaissance officielle des Etats successeurs ou leur accession officielle à des traités tels que la convention sur le génocide? J'estime que cette situation doit retenir l'attention, en particulier parce que les principes sur lesquels doivent reposer l'examen de la question sont exposés dans l'avis qu'a rendu la Cour il y a plus de quarante ans dans une précédente affaire relative au génocide (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 15).

Une autre raison pour laquelle ce sujet doit retenir l'attention est que la communauté internationale traverse une période historique, à savoir que dans le monde entier des Etats se divisent, un phénomène qui a pris une ampleur particulière depuis la fin de la guerre froide. Il est vital que le principe de la protection des populations contre les violations des droits de l'homme et autres atrocités soit renforcé autant que faire se peut dans le cadre des principes juridiques en vigueur; et le droit régissant la succession d'Etats à un traité humanitaire aussi important que la convention sur le génocide est au premier chef un domaine qui appelle des éclaircissements.

La Bosnie a fait valoir qu'il y avait succession automatique à ce traité, ce que nie la Yougoslavie. Ce problème relève du domaine complexe de la succession d'Etats en matière de traités — un domaine dans lequel les opinions des juristes sont très divergentes et de nombreuses théories sont en concurrence.

THÉORIES RELATIVES À LA SUCCESSION D'ETATS

La succession d'Etats est l'un des plus anciens problèmes du droit international. Comme nous le rappelle Oscar Schachter, il remonte à

to Aristotle who, in his *Politics*, gave his mind to the question of continuity when "the State is no longer the same"[1].

On this problem, the views of jurists have varied between the two poles of universal succession (these were among the earliest theories, taking their conceptual position largely from the analogy of the Roman law of testamentary succession, involving a total succession to the deceased), and of total negativism, involving a complete denial of succession (based upon the conceptual analogy of a personal contract). It is not necessary for present purposes to refer to the various theories lying between these two extremes.

The circumstances of international life have demonstrated that neither of these absolutist theories is adequate to cover all situations that might arise and that any workable theory lies somewhere between these poles[2]. Quite clearly, whichever of these positions one might lean towards, some exceptions must necessarily be admitted.

The question for consideration in this case is whether, even on the basis of the negativist theory that treaties of the predecessor State are not binding, a necessary exception must exist in relation to treaties such as the Genocide Convention. Much guidance is to be had on this question from the consideration of automatic succession to human rights and humanitarian treaties in general. The discussions and literature on this matter suggest a principle of automatic succession to a large range of such treaties. This opinion does not seek to deal with all human rights and humanitarian treaties, but uses principles worked out in the context of such treaties to reach the conclusion that they apply *a fortiori* to the Genocide Convention which, in consequence, is a treaty to which there is automatic State succession according to the contemporary principles of international law.

---

[1] Oscar Schachter, "State Succession: The Once and Future Law", *Virginia Journal of International Law*, 1992-1993, Vol. 33, p. 253, citing Aristotle, *The Politics*, Book III, Chap. 1. While analysing the constituent elements of a State — territory, government and population — Aristotle refers, *inter alia*, to the question of the continuity of contractual obligations after a change in the State.

[2] A number of studies view multilateral treaties as an exception to the clean slate principle — see Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., 1990, p. 670; D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, 1967, Vol. II, pp. 212-219. The latest edition of Oppenheim, while observing that there is more room than with regard to treaties generally for the new State, on separation, to be considered bound by multilateral treaties of a law-making nature, singles out treaties of a humanitarian character as especially attracting this view (*Oppenheim's International Law*, 9th ed., Jennings and Watts (eds.), 1992, Vol. 1, s. 64, pp. 222-223). However, the definition of multilateral treaties presents a problem and, for the purposes of the present opinion, it is not necessary to enter into this field.

Aristote qui, dans sa *Politique*, s'est penché sur la question de la continuité lorsque «l'Etat n'est plus le même»[1].

Sur ce problème, les vues des juristes ont varié entre les deux extrêmes, à savoir la succession universelle (ces théories sont parmi les plus anciennes et se fondent en grande partie sur une analogie avec le droit romain des successions, impliquant une succession universelle aux droits du défunt) et le négativisme total, soit une négation complète de la succession (fondée sur une analogie théorique avec un contrat personnel). Il n'est pas nécessaire aux fins de la présente opinion d'indiquer les diverses théories qui se situent entre ces deux extrêmes.

Les réalités de la vie internationale ont montré qu'aucune de ces théories absolutistes ne peut rendre compte de toutes les situations possibles et que, pour être applicable, toute théorie en la matière doit se situer quelque part entre ces deux extrêmes[2]. Il est tout à fait clair que quelle que soit celle de ces positions que l'on privilégie des exceptions doivent nécessairement être admises.

Il s'agit en l'espèce d'examiner si, même si l'on retient la théorie négativiste selon laquelle les traités de l'Etat prédécesseur ne lient pas l'Etat successeur, une exception doit nécessairement exister en ce qui concerne les traités tels que la convention sur le génocide. L'examen de la succession automatique aux traités relatifs aux droits de l'homme et aux traités de caractère humanitaire en général devrait considérablement éclairer la question. Les débats qui ont eu lieu et ce qui a été publié à cet égard donnent à penser qu'il existe en principe une succession automatique à une large gamme de ces traités. La présente opinion ne vise pas à prendre en considération tous les traités relatifs aux droits de l'homme ou de caractère humanitaire, mais examine les principes dégagés au sujet de ces traités pour parvenir à la conclusion qu'ils s'appliquent à fortiori à la convention sur le génocide qui, en conséquence, est un traité auquel la succession d'Etats est automatique en application des principes du droit international contemporain.

---

[1] Oscar Schachter, «State Succession: The Once and Future Law», *Virginia Journal of International Law*, 1992-1993, vol. 33, p. 253, citant Aristote, *Politique*, livre III, chapitre premier. Analysant les éléments constitutifs de l'Etat — territoire, gouvernement et population — Aristote se réfère notamment à la question de la continuité des obligations contractuelles lorsqu'un changement est intervenu dans l'Etat.

[2] Un certain nombre d'études considèrent les traités multilatéraux comme une exception au principe de la table rase (voir Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4e éd., 1990, p. 670, et D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, 1967, vol. II, p. 212-219). La dernière édition d'Oppenheim, en faisant observer qu'il y a plus de possibilités en ce qui concerne les traités en général pour que le nouvel Etat, lors de la séparation, soit considéré lié par les traités multilatéraux de caractère normatif, fait remarquer que cette opinion vaut en particulier pour les traités à caractère humanitaire (*Oppenheim's International Law*, 9e éd., publié sous la direction de Jennings et Watts, 1992, vol. 1, p. 222-223). Toutefois, la définition des traités multilatéraux pose un problème et, aux fins de la présente opinion, il n'est pas nécessaire d'entrer dans ce domaine.

THE "CLEAN SLATE" PRINCIPLE

(a) *Historical Antecedents of the Clean Slate Principle*

The principle that a new State ought not in general to be fettered with treaty obligations which it has not expressly agreed to assume after it has attained statehood (the clean slate principle) is of considerable historical and theoretical importance. New States ought not, in principle, to be burdened with treaty-based responsibilities without their express consent.

With the sudden advent into the international community of nearly eighty newly independent States in the late fifties and early sixties, there was a realization among them, in the words of Julius Stone, that:

> "their authority or their territory or both are burdened with debts, concessions, commercial engagements of various kinds or other obligations continuing on from the earlier colonial regime . . ."[3].

For example, in Nigeria, 300 treaties negotiated by Britain were said to be applicable to the country[4].

Other newly emerging countries soon became conscious of the dangers to their autonomy involved in this principle, and what came to be known as the Nyerere Doctrine emerged under which none of the colonial treaties became applicable unless the new State, within a specified period of time, notified its accession to such treaties[5]. In the language of Jenks, in relation to State succession to colonial treaties, "The psychology of newly won independence is a formidable reality."[6]

This was not, however, the only historical reality that favoured the clean slate theory. There were numerous older precedents, of which a few illustrative examples may be mentioned. Following the Franco-Prussian war and the transfer of Alsace-Lorraine, French treaties applicable to the

---

[3] Julius Stone, "A Common Law for Mankind?", *International Studies*, 1960, Vol. 1, pp. 430-431. See also E. G. Bello, "Reflections on Succession of States in the Light of the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties 1978", *German Yearbook of International Law*, 1980, Vol. 23, p. 298; D. P. O'Connell, *State Succession, op. cit.*, p. 116.

[4] By exchange of letters between the Prime Minister and the United Kingdom High Commission on the very day of independence, the Federation assumed all rights and obligations entered into "on their behalf" before independence, and undertook to keep such agreements in force until the Government of Nigeria could consider whether they required modification or renegotiation in any respect (E. G. Bello, *op. cit.*, p. 298).

[5] *Ibid.*, pp. 298-299.

[6] C. Wilfred Jenks, "State Succession in Respect of Law-Making Treaties", *British Year Book of International Law*, 1952, Vol. 29, p. 108.

LE PRINCIPE DE LA «TABLE RASE»

a) *Historique du principe de la table rase*

Le principe selon lequel d'une manière générale les nouveaux Etats ne doivent pas être entravés par les obligations conventionnelles qu'ils n'ont pas expressément accepté d'assumer après qu'ils ont acquis la qualité d'Etat (principe de la table rase) revêt une importance historique et théorique considérable. Les nouveaux Etats ne devraient pas, en principe, être assujettis à des obligations conventionnelles sans leur consentement exprès.

Avec l'apparition soudaine au sein de la communauté internationale de près de quatre-vingts Etats nouvellement indépendants à la fin des années cinquante et au début des années soixante, l'idée s'est fait jour parmi ces Etats que, pour reprendre les mots de Julius Stone:

> «leur autorité et leur territoire ou les deux sont grevés de dettes, concessions, engagements commerciaux de types divers ou autres obligations qu'ils ont hérités du régime colonial antérieur...»[3]

C'est ainsi que trois cents traités négociés par la Grande-Bretagne étaient réputés lier le Nigéria[4].

D'autres Etats nouvellement indépendants se rendirent bien vite compte des dangers que ce principe faisait courir à leur autonomie, et c'est ainsi qu'apparut ce que l'on devait appeler la doctrine Nyerere, selon laquelle aucun des traités coloniaux n'était applicable si le nouvel Etat, dans un délai défini, ne notifiait pas son accession auxdits traités[5]. Pour reprendre ce qu'a écrit Jenks, en ce qui concerne la succession d'Etats en matière de traités coloniaux «la psychologie de l'indépendance nouvellement acquise est une formidable réalité»[6].

Ce n'était pas toutefois la seule réalité historique qui favorisait la théorie de la table rase. Il y avait de nombreux précédents plus anciens, dont certains méritent d'être cités à titre d'illustration. A la suite de la guerre franco-prussienne et du transfert de l'Alsace-Lorraine, les traités français

[3] Julius Stone, «A Common Law for Mankind?», *International Studies*, 1960, vol. I, p. 430-431. Voir aussi E. G. Bello, «Reflections on Succession of States in the Light of the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties 1978», *German Yearbook of International Law*, 1980, vol. 23, p. 298; D. P. O'Connell, *State Succession*, *op. cit.*, p. 116.

[4] Par un échange de lettres entre le premier ministre et la Haute Commission du Royaume-Uni le jour même de l'indépendance, la Fédération faisait siens tous les droits assumés et obligations contractées «en son nom» avant l'indépendance, et s'engageait à maintenir ces accords en vigueur jusqu'à ce que le Gouvernement nigérian ait examiné s'ils devaient être modifiés ou renégociés d'une manière ou d'une autre (E. G. Bello, *op. cit.*, p. 298).

[5] *Ibid.*, p. 298-299.

[6] C. Wilfred Jenks, «State Succession in Respect of Law-Making Treaties», *British Year Book of International Law*, 1952, vol. 29, p. 108.

provinces had, in general[7], to cease to have effect and be replaced by German treaties. Again, British jurists, facing the problem of annexation of colonial territories, tended towards the view that "the treaties of the expunged legal person died with it"[8], so that they received those colonies free of the burden of prior treaties. At the United Nations Conference on Succession of States in Respect of Treaties[9], several other examples were referred to, among them the situation resulting from the termination of the Austro-Hungarian Empire, when Czechoslovakia and Poland emerged as independent States with a clean slate in regard to treaties of the former Austro-Hungarian Empire, except for certain multilateral treaties[10].

The clean slate theory was thus the result of many historical trends[11], and had received favour at one time or another from both emerging and established nations.

(b) *Theoretical Bases of the Clean Slate Principle*

Theoretically, the clean slate principle can be justified on several powerful bases — the principle of individual State autonomy, the principle of self-determination, the principle of *res inter alios acta*, and the principle that there can be no limitations on a State's rights, except with its consent. Newly independent States should not have to accept as a *fait accompli* the contracts of predecessor States, for it is self-evident that the new State must be free to make its own decisions on such matters.

The clean slate principle could also be described as an important corollary to the principle of self-determination, which is of cardinal importance in modern international law. The principle of self-determination could be emptied of an important part of its content if prior treaties automatically bind the new State.

One of the bases of the negativist view is that treaties entered into by the predecessor State are *res inter alios acta*. Castrén, dealing specially with the case of division of a pre-existing State into new States, observes:

> "When a State is dismembered into new independent States, its *treaties* as a rule become null and void without descending to the new States. Treaties are generally personal in so far as they presuppose, in addition to the territory, also the existence of a certain

[7] An exception was, however, in regard to ecclesiastical law, where Napoleon's Concordat with the Holy See continued to apply.

[8] D. P. O'Connell, "Reflections on the State Succession Convention", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1979, Vol. 39, p. 735.

[9] Vienna, 4 April-6 May 1977, and 31 July-23 August 1978.

[10] *Official Records*, Vol. III, p. 92, para. 14.

[11] O'Connell, "Reflections on the State Succession Convention", *op. cit.*, p. 735.

applicables à ces provinces devaient, d'une manière générale[7], cesser d'avoir effet et être remplacés par des traités allemands. De même, les juristes britanniques, confrontés au problème de l'annexion de territoires coloniaux, avaient tendance à considérer que «les traités de la personne juridique qui a disparu s'éteignaient avec elle»[8] de telle manière qu'ils recevaient ces colonies libres du fardeau des traités antérieurs. A la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités[9], plusieurs autres exemples ont été cités, notamment celui de la situation qui a résulté de la disparition de l'empire austro-hongrois, lorsque la Tchécoslovaquie et la Pologne sont devenues des Etats indépendants ayant fait table rase des traités de l'ex-empire, à l'exception de certains traités multilatéraux[10].

La théorie de la table rase a donc été l'aboutissement de nombreuses tendances historiques[11], et a eu à un moment ou à un autre la faveur tant des nations en gestation que des Etats bien établis.

b) *Fondements théoriques du principe de la table rase*

En théorie, le principe de la table rase repose sur des bases solides — le principe de l'autonomie individuelle des Etats, le principe de l'autodétermination, le principe *res inter alios acta* et le principe selon lequel les droits d'un Etat ne peuvent être limités qu'avec son consentement. Les Etats nouvellement indépendants ne devraient pas avoir à accepter comme un fait accompli les conventions passées par les Etats prédécesseurs, car il est évident que les nouveaux Etats doivent être libres de prendre leurs propres décisions dans de tels domaines.

Le principe de la table rase peut aussi être considéré comme un important corollaire du principe de l'autodétermination, un principe capital du droit international contemporain. Ce principe risquerait d'être vidé d'une large part de son contenu si les traités antérieurs devaient automatiquement lier les nouveaux Etats.

L'un des fondements de la conception négativiste est que les traités conclus par l'Etat prédécesseur sont *res inter alios acta*. Castrén, au sujet de la division d'un Etat existant en de nouveaux Etats, fait observer:

> «Lorsqu'un Etat est démembré en nouveaux Etats indépendants, ses *traités*, en règle générale, sont nuls et non avenus et ne passent pas aux nouveaux Etats. Les traités sont généralement personnels dans la mesure où ils supposent, outre le territoire, l'existence d'un

[7] Le droit canon constituait néanmoins une exception, et le Concordat qu'avait conclu Napoléon avec le Saint-Siège continuait de s'appliquer.

[8] D. P. O'Connell, «Reflections on the State Succession Convention», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1979, vol. 39, p. 735.

[9] Vienne, 4 avril-6 mai 1977 et 31 juillet-23 août 1978.

[10] *Documents officiels*, vol. III, p. 92, par. 14.

[11] O'Connell, «Reflections on the State Succession Convention», *op. cit.*, p. 735.

sovereign over the territory. To the succeeding State, the treaties concluded by the former State are *res inter alios acta*."[12]

Basic concepts of State sovereignty also require that any curtailment of the sovereign authority of a State requires the express consent of the State.

If there is to be, in a given case, a deviation from the clean slate principle, sufficiently cogent reasons should exist to demonstrate that the new State's sovereignty is not being thereby impaired. The question needs therefore to be examined as to whether there is any impairment of State sovereignty implicit in the application of the principle of automatic succession to any given treaty.

(c) *Necessary Exceptions to the Clean Slate Principle*

Human rights and humanitarian treaties involve no loss of sovereignty or autonomy of the new State, but are merely in line with general principles of protection that flow from the inherent dignity of every human being which is the very foundation of the United Nations Charter.

At the same time, it is important that the circle of exceptions should not be too widely drawn. Conceivably some human rights treaties may involve economic burdens, such as treaties at the economic end of the spectrum of human rights. It is beyond the scope of this opinion to examine whether all human rights and humanitarian treaties should be exempted from the clean slate principle. It is sufficient for the purposes of this opinion to note a variety of reasons why it has been contended that human rights and humanitarian treaties in general attract the principle of automatic succession. These reasons apply with special force to treaties such as the Genocide Convention or the Convention against Torture, leaving no room for doubt regarding automatic succession to such treaties. The international community has a special interest in the continuity of such treaties.

Reasons Favouring View of Automatic Succession to the Genocide Convention

1. It Is Not Centred on Individual State Interests

This Court, in its earlier consideration of the Genocide Convention, drew pointed attention to the difference between a humanitarian treaty

[12] E. Castrén, "Obligations of States Arising from the Dismemberment of Another State", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1950-1951, Vol. 13, p. 754 (emphasis added); cited by M. G. Maloney in *Virginia Journal of International Law*, 1979-1980, Vol. 19, p. 892.

certain souverain sur ce territoire. Pour l'Etat successeur, les traités conclus par l'Etat antérieur sont *res inter alios acta*.»[12]

Les notions fondamentales de la souveraineté de l'Etat subordonnent également toute limitation de l'autorité souveraine d'un Etat à son consentement exprès.

Pour que l'on puisse, dans un cas donné, s'écarter du principe de la table rase, des raisons suffisamment impérieuses doivent exister qui montrent que la souveraineté du nouvel Etat n'en serait pas affectée. Il convient donc de se demander si l'application du principe de la succession automatique à un traité donné implique une atteinte quelconque à la souveraineté de l'Etat.

c) *Exceptions nécessaires au principe de la table rase*

Les traités relatifs aux droits de l'homme et les traités de caractère humanitaire n'impliquent aucune perte de souveraineté ou d'autonomie pour le nouvel Etat, mais sont simplement conformes aux principes généraux de protection qui découlent de la dignité inhérente à tout être humain, laquelle est le fondement même de la Charte des Nations Unies.

Dans le même temps, il est important que la gamme des exceptions ne soit pas trop large. Certains traités relatifs aux droits de l'homme peuvent certes, de par leur nature, énoncer des obligations économiques, mais la présente opinion n'entend pas examiner si tous les traités relatifs aux droits de l'homme et de caractère humanitaire doivent échapper au principe de la table rase. Il suffit en l'occurrence de noter la diversité des raisons avancées pour appliquer le principe de la succession automatique à ces traités en général. Ces raisons valent à fortiori pour les traités tels que la convention sur le génocide ou la convention contre la torture, et ne laissent pas de place au doute pour ce qui est de la succession automatique à de tels traités. La communauté internationale a un intérêt particulier à ce que ces traités soient maintenus en vigueur sans interruption.

RAISONS MILITANT EN FAVEUR DE LA SUCCESSION AUTOMATIQUE À LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE

1. Elle n'est pas axée sur les intérêts individuels des Etats

La Cour, lorsqu'elle a par le passé examiné la convention sur le génocide, a attiré spécialement l'attention sur la différence existant entre un

[12] E. Castrén, «Obligations of States Arising from the Dismemberment of Another State», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1950-1951, vol. 13, p. 754 (les italiques sont de moi); cité par M. G. Maloney dans, *Virginia Journal of International Law*, 1979-1980, vol. 19, p. 892.

such as the Genocide Convention, and a convention aimed at protecting the interests of a State. The Court stated in its Opinion on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* that:

> "In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties." (*I.C.J. Reports 1951*, p. 23.)

Charles De Visscher has remarked on the contrast

> "between the frailty of agreements of merely individual interest, dependent as these are upon transitory political relations, and the relative stability of conventions dictated by concern for order or respect for law"[13].

He has also remarked in this context that the growing part played by multilateral treaties in the development of international law should count in favour of the transmission rather than disappearance of the obligations they create[14].

Human rights and humanitarian treaties do not represent an exchange of interests and benefits between contracting States in the conventional sense, and in this respect may also be distinguished from the generality of multilateral treaties, many of which are concerned with the economic, security or other interests of States. Human rights and humanitarian treaties represent, rather, a commitment of the participating States to certain norms and values recognized by the international community.

Stated another way, the personality of the sovereign is not the essence of such an agreement. Multilateral treaties are most often concluded with the object of protecting and benefiting the international community as a whole, and for the maintenance of world order and co-operation, rather than of protecting and advancing one particular State's interests.

2. It Transcends Concepts of State Sovereignty

The Genocide Convention does not come to an end with the dismemberment of the original State, as it transcends the concept of State sovereignty. An important conceptual basis denying continuity to treaties is that the recognition of the continuity of the predecessor State's treaties would be an intrusion upon the sovereignty of the successor State. This-

[13] *Theory and Reality in Public International Law*, revised ed., 1968, translated from the French by P. E. Corbett, p. 179.
[14] *Ibid.*

traité de caractère humanitaire comme la convention sur le génocide et une convention visant à protéger les intérêts d'un Etat. Elle a déclaré, dans son avis consultatif relatif aux *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, que:

> «Dans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des Etats, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges.» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23.)

Charles De Visscher a relevé le contraste

> «entre la précarité des accords d'intérêt individuel, conditionnés par l'état transitoire des relations politiques, et la stabilité relative des conventions dictées par des préoccupations d'ordre ou de respect du droit»[13].

Il a aussi fait observer dans ce contexte que le rôle croissant joué par les traités multilatéraux dans le développement du droit international milite plus en faveur de la transmission que de la disparition des obligations qu'ils créent[14].

Les traités relatifs aux droits de l'homme et les traités de caractère humanitaire ne représentent pas un échange d'intérêts et d'avantages entre Etats contractants au sens conventionnel du terme, et à cet égard on peut aussi les distinguer de la majorité des traités multilatéraux, dont bon nombre concernent les intérêts économiques, de sécurité ou autres des Etats. Les traités relatifs aux droits de l'homme et les traités de caractère humanitaire expriment un engagement des Etats parties en faveur de certaines normes et valeurs reconnues par la communauté internationale.

En d'autres termes, la personne du souverain ne participe pas de l'essence de tels accords. Les traités multilatéraux sont très souvent conclus dans le but de protéger et de servir la communauté internationale dans son ensemble, de maintenir l'ordre mondial et la coopération et non de protéger ou de promouvoir les intérêts d'un Etat particulier.

2. Elle transcende la notion de souveraineté de l'Etat

La convention sur le génocide ne s'éteint pas avec le démembrement de l'Etat originaire, car elle transcende la notion de souveraineté de l'Etat. Un argument théorique important avancé à l'encontre de la continuité des traités est que la reconnaissance de la continuité des traités de l'Etat prédécesseur empiéterait sur la souveraineté de l'Etat successeur. Il en

[13] *Théorie et réalité en droit international public*, édition revisée, 1968, p. 217.

[14] *Ibid.*

would be so if it were a matter confined within the ambit of a State's sovereignty. But with human rights and humanitarian treaties, we are in a sphere which reaches far beyond the narrow confines of State sovereignty, and enters the domain of universal concern.

In its ongoing development, the concept of human rights has long passed the stage when it was a narrow parochial concern between sovereign and subject. We have reached the stage, today, at which the human rights of anyone, anywhere, are the concern of everyone, everywhere. The world's most powerful States are bound to recognize them, equally with the weakest, and there is not even the semblance of a suggestion in contemporary international law that such obligations amount to a derogation of sovereignty.

3. The Rights It Recognizes Impose No Burden on the State

Moreover, a State, in becoming party to the Convention, does not give away any of its rights to its subjects. It does not burden itself with any new liability. It merely confirms its subjects in the enjoyment of those rights which are theirs by virtue of their humanity. Human rights are never a gift from the State and hence the State, in recognizing them, is not imposing any burden upon itself. We have long passed the historical stage when a sovereign, granting to his subjects what we would today call a human right, could claim their gratitude for surrendering to them what was then considered to be a part of his absolute and undoubted rights as a sovereign. Human rights treaties are no more than a formal recognition by the sovereign of rights which already belong to each of that sovereign's subjects. Far from being largesse extended to them by their sovereign, they represent the entitlement to which they were born.

Quite contrary to the view that human rights treaties are a burden on the new State, it could indeed be asserted that the adherence by a new State to a system which is universally accepted, whereby the new State becomes part of that system, is indeed a benefit to the new State, in sharp contrast to the position of disadvantage in which it would place itself if it stood outside that system.

4. The Obligations Imposed by the Convention Exist Independently of Conventional Obligations

This Court observed in *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, "the principles underlying the [Genocide] Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation" (*I.C.J. Reports 1951*, p. 23). The same may be said of all treaties concerning basic human rights.

serait ainsi s'il s'agissait d'une matière limitée par le champ de la souveraineté de l'Etat. Mais en ce qui concerne les traités relatifs aux droits de l'homme et les traités de caractère humanitaire, on entre dans un domaine qui dépasse de beaucoup les limites étroites de la souveraineté de l'Etat, le domaine de l'intérêt universel.

Dans son évolution, la notion de droits de l'homme a depuis longtemps dépassé le stade étroit du seul souci des relations entre souverain et sujets. Nous sommes aujourd'hui au stade où les droits de l'homme de quiconque, n'importe où, concernent chacun, partout. Les Etats les plus puissants sont comme les plus faibles tenus de reconnaître les droits de l'homme, et nul n'a jamais ne serait-ce que suggéré qu'en droit international contemporain les obligations y relatives représentent une limitation de souveraineté.

3. Elle reconnaît des droits qui n'imposent aucune charge à l'Etat

En outre, un Etat qui devient partie à la convention ne renonce à aucun de ses droits sur ses sujets. Il ne prend à sa charge aucune responsabilité nouvelle. Il ne fait que conforter ses sujets dans la jouissance de droits qui sont leurs en leur qualité d'êtres humains. Les droits de l'homme ne sont jamais un don de l'Etat et donc l'Etat, en les reconnaissant, ne s'impose aucune charge. L'époque est depuis longtemps révolue où un souverain, accordant à ses sujets ce que l'on appellerait aujourd'hui un droit de l'homme, pouvait prétendre à leur gratitude pour leur avoir cédé ce que l'on considérait alors comme faisant partie de ses droits absolus et incontestés en tant que souverain. Les traités relatifs aux droits de l'homme ne sont rien d'autre que la reconnaissance officielle par le souverain de droits qui appartiennent déjà à chacun de ses sujets. Loin de résulter d'une largesse du souverain au bénéfice de ses sujets, il s'agit de droits inhérents à ceux-ci depuis qu'ils sont nés.

Contrairement à l'opinion selon laquelle les traités relatifs aux droits de l'homme sont une charge pour le nouvel Etat, on peut de fait affirmer que l'adhésion d'un nouvel Etat à un régime qui est universellement accepté, par laquelle ce nouvel Etat entre dans ce régime, est bien à l'avantage de cet Etat, qui se trouve ainsi dans une position opposée à celle — défavorable — qui serait la sienne s'il demeurait à l'extérieur du système.

4. Elle crée des obligations qui existent indépendamment des obligations conventionnelles

La Cour a fait observer dans l'avis qu'elle a rendu dans l'affaire des *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* que «les principes qui sont à la base de la convention [sur le génocide] sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23). Cette observation vaut pour tous les traités concernant des droits fondamentaux de la personne humaine.

The Court referred also in the same Opinion to the universal character of the condemnation of genocide. This condemnation has its roots in the convictions of humanity, of which the legal rule is only a reflection. The same could likewise be said of many of the basic principles of human rights and humanitarian law.

5. It Embodies Rules of Customary International Law

The human rights and humanitarian principles contained in the Genocide Convention are principles of customary international law. These principles continue to be applicable to both sovereign and subjects, irrespective of changes in sovereignty, for the new sovereign, equally with the old, is subject to customary international law. The customary rights which the subjects of that State enjoy continue to be enjoyed by them, whoever may be their sovereign. The correlative duties attach to the sovereign, whoever he may be. The position is no different when those customary rights are also embodied in a treaty.

This factor may indeed be seen in wider context as essential to the evolution of international law into a universal system. Among writers who have stressed this aspect in relation to multilateral treaties are Wilfred Jenks, who observed:

> "It is generally admitted that a new State is bound by existing rules of customary international law. This principle has, indeed, been of fundamental importance in the development of international law into a world-wide system . . . It is not clear why, now that the rules established by multipartite legislative instruments constitute so large a part of the operative law of nations, a new State should be regarded as starting with a clean slate in respect of rules which have a conventional rather than a customary origin."[15]

In regard to such a matter as genocide, there can be no doubt that the treaty is of fundamental importance to the development of the operative law of nations.

6. It Is a Contribution to Global Stability

The strengthening of human rights protections in accordance with universally held values is a matter of universal concern and interest.

The promotion and encouragement of respect for human rights is, according to Article 1 (3) of the United Nations Charter, one of the Purposes of the United Nations, and the reaffirmation of faith in fundamental human rights and the dignity and worth of the human person are

[15] W. Jenks, *op. cit.*, p. 107.

Dans le même avis consultatif, la Cour a aussi évoqué le caractère universel de la condamnation du génocide. Cette condamnation tire son origine des convictions de l'humanité, dont la règle de droit est seulement l'expression. On pourrait dire de même de nombre des principes fondamentaux des droits de l'homme et du droit humanitaire.

5. Elle codifie des règles du droit international coutumier

Les principes concernant les droits de l'homme et les principes humanitaires énoncés dans la convention sur le génocide sont des principes du droit international coutumier. Ils continuent de s'appliquer aux souverains comme aux sujets quels que soient les changements de souveraineté, car le nouveau souverain, au même titre que l'ancien, est assujetti au droit international coutumier. Les droits coutumiers dont jouissent les sujets de cet Etat ne s'éteignent pas, quel que puisse être leur souverain. Les obligations correspondantes échoient au souverain, quel qu'il puisse être. La situation n'est pas différente lorsque ces droits coutumiers sont de surcroît codifiés dans un traité.

Dans un contexte plus large, ce principe peut être considéré comme essentiel pour l'évolution du droit international vers l'avènement d'un système universel. Parmi les auteurs qui l'ont souligné en ce qui concerne les traités multilatéraux, on peut citer Wilfred Jenks, qui a fait observer:

> «Il est généralement admis qu'un nouvel Etat est obligé par les règles en vigueur du droit international coutumier. De fait, ce principe a joué un rôle d'une importance fondamentale dans le développement du droit international en un système mondial ... On voit mal pourquoi, maintenant que les règles établies par des instruments normatifs multipartites représentent une si large part du droit positif des gens, un nouvel Etat devrait être considéré comme libre de toute obligation en ce qui concerne des règles dont l'origine est conventionnelle et non coutumière.»[15]

En ce qui concerne une question comme le génocide, il n'est pas douteux que le traité est d'une importance fondamentale pour le développement du droit international positif.

6. Elle contribue à la stabilité mondiale

Le renforcement de la protection des droits de l'homme conformément à des valeurs universellement acceptées est dans l'intérêt de l'ensemble de la communauté internationale.

Le développement et l'encouragement du respect des droits de l'homme est, aux termes de l'article 1, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies, l'un des buts des Nations Unies, et la proclamation de leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et dans la dignité et la valeur

[15] W. Jenks, *op. cit.*, p. 107.

among the foremost objects that the peoples of the United Nations set before themselves "to save succeeding generations from the scourge of war".

Genocide attacks these concepts at their very root and, by so doing, strikes at the foundations of international stability and security.

A State's guarantees of human rights to its subjects in terms of even such a Covenant as the International Covenant on Civil and Political Rights are thus a matter which does not concern that State alone, but represent a contribution to human dignity and global stability — as distinguished, for example, from a commercial or trading treaty. This aspect is all the more self-evident in a treaty of the nature of the Genocide Convention.

At the United Nations Conference on State Succession on 22 April 1977, the Soviet Union drew attention to a letter by the International Committee of the Red Cross to the Chairman of the International Law Commission to the effect that no State had ever claimed to be released from any obligation under the Geneva Conventions. In this connection, the representative of the Soviet Union observed that, "Such a practice had not created difficulties for newly independent States"[16]. He also observed:

> "Thus treaties of a universal character were of paramount importance for the whole international community, and particularly for newly independent States. It was therefore in the interests of not only newly independent States but also of the international community as a whole that a treaty of universal character should not cease to be in force when a new State attained independence."[17]

7. The Undesirability of a Hiatus in Succession to the Genocide Convention

If the contention is sound that there is no principle of automatic succession to human rights and humanitarian treaties, the strange situation would result of the people within a State, who enjoy the full benefit of a human rights treaty, such as the International Covenant on Civil and Political Rights, and have enjoyed it for many years, being suddenly deprived of it as though these are special privileges that can be given or withdrawn at the whim or fancy of Governments. Populations once protected cease to be protected, may be protected again, and may again cease to be protected, depending on the vagaries of political events. Such a legal position seems to be altogether untenable, especially at this stage in the development of human rights.

---

[16] 24th meeting, 22 April 1977, *Official Records*, Vol. I, p. 164, para. 5.
[17] *Ibid.*, p. 163, para. 2.

de la personne humaine sont parmi les principaux objectifs que les peuples des Nations Unies se sont fixés «pour préserver les générations successives du fléau de la guerre».

Le génocide attaque ces notions à leur racine même et, ce faisant, sape les fondements de la stabilité et de la sécurité internationales.

Les garanties qu'un Etat donne à ses citoyens en matière de droits de l'homme, même dans le cadre d'un pacte comme le pacte international relatif aux droits civils et politiques, n'intéressent donc pas ce seul Etat, mais représentent une contribution à la dignité humaine et à la stabilité mondiale — à l'opposé par exemple d'un traité commercial ou économique. Cela est d'autant plus évident s'agissant d'un traité de la nature de la convention sur le génocide.

A la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats, le 22 avril 1977, l'Union soviétique a appelé l'attention sur une lettre que le Comité international de la Croix-Rouge a adressée au président de la Commission du droit international selon laquelle aucun Etat n'a jamais prétendu être libéré d'une quelconque des obligations découlant des conventions de Genève. A cet égard, le représentant de l'Union soviétique a fait observer: «Une telle pratique n'a pas créé de difficultés pour les Etats nouvellement indépendants.»[16] Il a ajouté:

> «Les traités de caractère universel présentent donc un intérêt primordial pour l'ensemble de la communauté internationale et, en particulier, pour les Etats nouvellement indépendants. Il est donc dans l'intérêt non seulement des Etats nouvellement indépendants, mais de la communauté internationale tout entière, qu'un tel traité ne cesse pas d'être en vigueur lors de l'accession d'un nouvel Etat à l'indépendance.»[17]

7. Une interruption dans la succession à la convention sur le génocide n'est pas souhaitable

Si l'on admettait qu'il n'existe aucun principe de succession automatique aux traités relatifs aux droits de l'homme et aux traités de caractère humanitaire, il en résulterait une situation curieuse, à savoir que les habitants d'un Etat, qui bénéficient pleinement des garanties d'un traité relatif aux droits de l'homme, par exemple le pacte international relatif aux droits civils et politiques, et cela depuis de nombreuses années, en seraient soudainement privés comme s'il s'agissait de privilèges spéciaux pouvant leur être conférés ou retirés par le gouvernement au gré de son caprice ou de son humeur. Des populations protégées cesseraient de l'être, pourraient l'être de nouveau, et pourraient encore cesser de l'être, au hasard des fluctuations de la situation politique. Juridiquement, une telle situation semble tout à fait indéfendable, notamment au stade actuel de développement des droits de l'homme.

[16] Vingt-quatrième séance, 22 avril 1977, *Documents officiels*, vol. I, p. 155, par. 5.
[17] *Ibid.*, p. 155, par. 2.

Jenks observes, "It is not a matter of perpetuating the dead hand of the past, but of avoiding a legal vacuum."[18] This vacuum could exist over "hundreds of thousands of square miles and millions of citizens . . ."[19]. He also refers to:

> "the uncertainty, confusion and practical inconvenience of a legal vacuum which may be gravely prejudicial not only to the interests of other States concerned but equally to the interests of the new State itself and its citizens"[20].

The undesirability of such a result becomes more evident still if the human rights treaty under consideration is one as fundamental as the Genocide Convention. If the principle set out earlier is not clearly recognized, the international legal system would be endorsing the curious result that people living under guarantees that genocide will not be committed against them will suddenly be deprived of that guarantee, *precisely at the time they need it most* — when there is instability in their State. The anomaly of a grant followed by a withdrawal of the benefits, of such a Covenant as the International Covenant for Civil and Political Rights, becomes compounded in the case of the Genocide Convention, and the result is one which, in my view, international law does not recognize or endorse at the present stage of its development.

Furthermore, there may be circumstances where, after a new State has proclaimed its independence, the accession of that State to statehood may itself be delayed by the non-recognition of a breakaway State by the State from which it breaks away. In such a situation, where advent of the new State to statehood is deliberately delayed by action of the former State, there can be no accession to the treaty by the breakaway State for a considerable time. During that period, it seems unreasonable that the citizens of that breakaway State should be deprived of such protection as the Convention may give them, against acts of genocide by the State from which the secession has occurred, as well as by the State that has seceded. The longer the delay in recognition, the longer then would the period be during which those citizens are left unprotected. Such a result seems to me to be totally inconsistent with contemporary international law — more especially in regard to a treaty protecting such universally recognized rights as the Genocide Convention.

8. The Special Importance of Human Rights Guarantees against Genocide during Periods of Transition

To the strong conceptual position resulting from the foregoing considerations, there must be added the practical imperatives that result from

---

[18] Jenks, *op. cit.*, p. 109.
[19] *Ibid.*
[20] *Ibid.*

Jenks fait observer: «Il ne s'agit pas de perpétuer un passé révolu, mais d'éviter un vide juridique.»[18] Ce vide peut concerner «des centaines de milliers de kilomètres carrés et des millions de citoyens...»[19] Il évoque également:

> «l'incertitude, la confusion et l'incommodité d'un vide juridique qui risquent de porter gravement atteinte non seulement aux intérêts des autres Etats concernés mais à ceux du nouvel Etat lui-même et de ses nationaux»[20].

Le caractère fâcheux d'un tel résultat est plus évident encore si le traité relatif aux droits de l'homme qui est en cause est un traité aussi fondamental que la convention sur le génocide. Si le principe énoncé précédemment n'est pas clairement reconnu, l'ordre juridique international sanctionnerait le résultat étrange que des individus bénéficiant d'une protection contre le génocide en seraient soudainement privés, *précisément au moment où ils en ont le plus besoin* — lorsque l'instabilité règne dans l'Etat où ils vivent. L'anomalie que constituerait l'octroi puis le retrait des mêmes avantages, découlant par exemple d'un traité comme le pacte international relatif aux droits civils et politiques, est encore plus grave dans le cas de la convention sur le génocide, et un tel résultat n'est à mon avis ni reconnu ni validé par le droit international en l'état actuel de son développement.

En outre, il peut se trouver qu'après qu'un nouvel Etat a proclamé son indépendance son accession à la qualité d'Etat soit elle-même retardée en raison de sa non-reconnaissance par l'Etat dont il est issu. Dans une telle situation, lorsque l'accession du nouvel Etat à la qualité d'Etat est délibérément retardée par l'Etat dont il est issu, un délai considérable peut s'écouler avant que ce nouvel Etat puisse adhérer au traité. Durant cette période, il ne semble pas raisonnable que ses nationaux soient privés d'une protection comme celle que la convention peut leur offrir contre les actes de génocide susceptibles d'être commis à leur encontre tant par l'Etat sécessionniste que par l'Etat dont ce dernier est issu. Plus long est le délai qui sépare la proclamation de l'indépendance de la reconnaissance, plus longue sera la période durant laquelle les nationaux seront laissés sans protection. Un tel résultat me semble totalement incompatible avec le droit international contemporain — plus spécialement lorsqu'il s'agit d'un traité protégeant des droits aussi universellement reconnus que ceux que protège la convention sur le génocide.

8. Importance particulière des garanties contre le génocide relevant des droits de l'homme durant les périodes de transition

A la solide position théorique résultant des considérations qui précèdent, il convient d'ajouter les impératifs pratiques qui découlent d'une

[18] Jenks, *op. cit.*, p. 109.
[19] *Ibid.*
[20] *Ibid.*

a realistic view of the international situation occurring in the process of the dismemberment of a State, with all the political, social and military turmoil that is known only too well to accompany that process in modern times.

It would in fact be most dangerous to view the break-up of a State as clearing the decks of the human rights treaties and obligations of the predecessor State. It is dangerous even to leave the position unclear, and that is why I have felt impelled to state my opinion upon this all-important matter.

All around us at the present time, the break-up of States has often been accompanied by atrocities of the most brutal and inhuman kind, practised on a scale that defies quantification. To leave a lacuna in the continuity of the law or any vagueness in the perception of that continuity would be fraught with danger to the most cherished values of civilization.

If the principle of continuity in relation to succession of States, adopted in Article 34 (1) in the 1978 Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, is to apply to any treaties at all, the Genocide Convention must surely be among such treaties.

Furthermore, humanitarian treaties formulate principles that are an established part of the law of war. The law of war applies, of course, even in regard to an internal war (*vide* Geneva Convention 1977, Protocol II). The applicability of the principles underlying these treaties, among which the Genocide Convention may also be reckoned, becomes particularly important in times of internal turmoil. Such treaties cannot be suspended *sine die* during times of internal unrest such as accompany the break-up of a State, when they are most needed.

9. The Beneficiaries of the Genocide Convention Are Not Third Parties in the Sense Which Attracts the Res Inter Alios Acta *Principle*

The beneficiaries of the Genocide Convention, as indeed of all human rights treaties, are not strangers to the State which recognizes the rights referred to in the Convention. The principle that *res inter alios acta* are not binding, an important basis of the clean slate rule, does not therefore apply to such conventions. There is no vesting of rights in extraneous third parties or in other States, and no obligation on the part of the State to recognize any rights of an external nature. Far from being a trans-action *inter alios*, such treaties promote the highest internal interests which any State can aspire to protect.

10. The Rights Conferred by the Convention Are Non-derogable

The rights and obligations guaranteed by the Genocide Convention are non-derogable, for they relate to the right to life, the most fundamental

perception réaliste de la situation internationale qui prévaut en cas de dissolution d'un Etat, avec tous les troubles politiques, sociaux et militaires dont on ne sait que trop qu'ils accompagnent ce processus à notre époque.

Il serait en fait extrêmement dangereux de considérer que le démembrement d'un Etat fait table rase des traités et obligations en matière des droits de l'homme de l'Etat prédécesseur. Il est même dangereux de rester dans l'incertitude à cet égard, et c'est pourquoi je me suis senti tenu d'exposer mon opinion sur cette question d'importance capitale.

Tout autour de nous en ce moment, la dissolution d'Etats s'accompagne souvent d'atrocités d'une cruauté et d'une inhumanité extrêmes et d'une ampleur incommensurable. En laissant subsister une lacune dans la continuité du droit ou une incertitude quelconque dans la perception de cette continuité, on mettrait en péril les valeurs les plus précieuses de la civilisation.

S'il est des traités auxquels le principe de la continuité en ce qui concerne la succession d'Etats consacré à l'article 34, paragraphe 1, de la convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités doit s'appliquer, la convention sur le génocide est à coup sûr au nombre de ceux-ci.

En outre, les traités de caractère humanitaire énoncent des principes reconnus comme faisant partie intégrante du droit de la guerre. Bien entendu, le droit de la guerre s'applique même en cas de conflit interne (voir les conventions de Genève, protocole II de 1977). L'applicabilité des principes sur lesquels reposent ces traités, parmi lesquels il faut compter la convention sur le génocide, devient particulièrement importante aux époques de bouleversements politiques. De tels traités ne peuvent être suspendus *sine die* alors qu'ils sont le plus nécessaires, à savoir durant les périodes de troubles internes tels que ceux qui accompagnent la dissolution d'un Etat.

9. Les bénéficiaires de la convention sur le génocide ne sont pas des tiers au sens où le principe res inter alios acta *serait applicable*

Les bénéficiaires de la convention sur le génocide, et de fait de tous les traités relatifs aux droits de l'homme, ne sont pas des étrangers pour l'Etat qui reconnaît les droits énoncés dans la convention. Le principe selon lequel les *res inter alios acta* n'ont pas de caractère obligatoire, un fondement important du principe de la table rase, ne s'applique donc pas aux conventions de cette nature. Aucun droit n'est conféré à des tierces parties ni à d'autres Etats, et l'Etat n'a aucune obligation de reconnaître des droits de caractère externe. Loin d'être une opération *inter alios*, ces traités servent les intérêts nationaux les plus élevés que tout Etat peut aspirer à protéger.

10. Les droits conférés par la convention ne sont pas susceptibles de dérogation

Les droits et obligations garantis par la convention sur le génocide ne sont pas susceptibles de dérogation car ils ont trait au droit à la vie, le

of human rights, and an integral part of the irreducible core of human rights. It relates not merely to the right to life of one individual, but to that right *en masse*.

Moreover, under the Genocide Convention, the obligation of States is not merely to refrain from committing genocide, but to *prevent* and *punish* acts of genocide. The failure by a successor régime to assume and discharge this obligation would be altogether incompatible with State obligations as recognized in contemporary international law.

Another possible line of enquiry, not necessary for the determination of the present matter, is the analogy between a treaty vesting human rights, and a dispositive treaty vesting property rights. From the time of Vattel[21], such a dispositive treaty, as for example a treaty recognizing a servitude, has been looked upon as vesting rights irrevocably in the party to whom they were granted; and those rights, once vested, could not be taken away. Perhaps in comparable fashion, human rights, once granted, become vested in the persons enjoying them in a manner comparable, in their irrevocable character, to vested rights in a dispositive treaty[22].

This interesting legal hypothesis need not detain us here as the conclusion I have reached is amply supported by the other principles discussed.

* * *

Some of the reasons set out above, even considered individually, are cogent enough to demonstrate the applicability of automatic succession to the Genocide Convention (and indeed to a wide range of human rights and humanitarian treaties). Taken cumulatively, they point strongly to the clear incompatibility with international law of the contention that the Genocide Convention ceases to apply to the subjects of a State upon the division of that State.

---

[21] See E. de Vattel, *The Law of Nations or Principles of Natural Law*, C. Fenwick (trans.), 1916, p. 169, referred to in *Virginia Journal of International Law*, 1979-1980, Vol. 19, p. 888, note 16.

[22] On the possible extension to human rights of the doctrine of acquired rights which has traditionally been applied to dispositive treaties and property rights, see Malcolm N. Shaw, "State Succession Revisited", *Finnish Yearbook of International Law*, 1994, Vol. 5, p. 82; Rein Mullerson, "The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former USSR and Yugoslavia", *International and Comparative Law Quarterly*, 1993, Vol. 42, pp. 490-491. See also the statement at the Human Rights Committee of one of its members referring to these rights as "acquired rights" which were not "diluted" when a State was divided (Serrano Caldera, CCPR/C/SR.1178/Add.1, 5 November 1992, p. 9).

plus fondamental des droits de la personne humaine, qui est partie intégrante d'un noyau irréductible de droits de l'homme. La convention sur le génocide ne concerne pas seulement le droit à la vie d'un individu, mais le droit à la vie de populations.

En outre, en vertu de la convention sur le génocide, les Etats n'ont pas seulement pour obligation de s'abstenir de commettre un génocide, mais aussi de *prévenir* et de *réprimer* les actes de génocide. Le fait pour un régime successeur de ne pas assumer et exécuter cette obligation serait totalement incompatible avec les obligations de l'Etat telles qu'elles sont reconnues par le droit international contemporain.

Pourrait aussi retenir l'attention, mais pas nécessairement pour trancher la question à l'examen, l'analogie entre les traités protégeant les droits de l'homme et les traités conférant des droits patrimoniaux. Depuis Vattel[21], on considère que de tels traités, par exemple un traité reconnaissant une servitude, confèrent les droits en cause à la partie bénéficiaire de manière irrévocable et que ces droits, une fois conférés, ne peuvent donc être retirés. Peut-être, de manière comparable, les droits de l'homme revêtent-ils également, pour leurs bénéficiaires, une fois qu'ils leur ont été accordés, un caractère irrévocable[22].

Cette intéressante hypothèse juridique ne doit néanmoins pas nous retenir ici car la conclusion à laquelle je suis parvenu est amplement confortée par les autres principes examinés.

* * *

Certaines des raisons invoquées ci-dessus, même considérées individuellement, sont assez déterminantes pour établir l'applicabilité du principe de la succession automatique à la convention sur le génocide (et, de fait, à toute une série de traités de caractère humanitaire et relatifs aux droits de l'homme). Prises cumulativement, elles établissent solidement que l'argument selon lequel la convention sur le génocide cesse de s'appliquer aux nationaux d'un Etat lorsque cet Etat en vient à être divisé est manifestement incompatible avec le droit international.

---

[21] Voir E. de Vattel, *The Law of Nations or Principles of Natural Law*, C. Fenwick (trad.), 1916, p. 169, cité dans *Virginia Journal of International Law*, 1979-1980, vol. 19, p. 888, note 16.

[22] Sur l'extension possible aux droits de l'homme de la doctrine des droits acquis traditionnellement appliquée aux traités de disposition et aux droits patrimoniaux, voir Malcolm N. Shaw, «State Succession Revisited», *Finnish Yearbook of International Law*, 1994, vol. 5, p. 82; Rein Mullerson, «The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former USSR and Yugoslavia», *International and Comparative Law Quarterly*, 1993, vol. 42, p. 490-491. Voir également la déclaration faite au Comité des droits de l'homme par l'un de ses membres en ce qui concerne ces droits qualifiés de «droits acquis» qui ne sont pas «dilués» lorsqu'un Etat est démembré (Serrano Caldera, CCPR/C/SR.1178/Add.1, 5 novembre 1992, p. 9).

INTERNATIONAL PRESSURE FOR RECOGNITION OF THE PRINCIPLE OF AUTOMATIC SUCCESSION

In the discussions that took place at the United Nations Conference on Succession of States in Respect of Treaties, this aspect of a need to prevent a hiatus occurring in the process of succession of States received emphasis from several States. The position was well summarized by one delegate who, while pointing out that the "essence of the problem was to strike a balance between continuity and the freedom of choice which was the basis of the 'clean slate' principle"[23], stated that, in the case of multilateral treaties, the need for continuity was pressing. He described as an "international vacuum" the situation that could arise if this were not the case, and spoke of this as "a lacuna inconvenient both to the newly independent State and to the international community"[24].

This question has also been considered in some depth by the Commission on Human Rights and by the Human Rights Committee.

At its forty-ninth session, the Commission on Human Rights adopted resolution 1993/23 of 5 March 1993, entitled "Succession of States in respect of international human rights treaties". This resolution encouraged successor States to confirm officially that they continued to be bound by international obligations under relevant human rights treaties. The special nature of human rights treaties was further confirmed by the Commission in its resolution 1994/16 of 25 February 1994, and the Commission, in that resolution, reiterated its call to successor States which had not yet done so to confirm to appropriate depositories that they continued to be bound by obligations under international human rights treaties.

The Committee on Human Rights, at its forty-seventh session (March-April 1993), stated that all the people within the territory of a former State party to the Covenant remained entitled to the guarantees under the Covenant.

It is worthy of note also that during the fifth meeting of persons chairing the human rights treaty bodies, held from 19 to 23 September 1994:

> "The chairpersons emphasized, however, that they were of the view that successor States were automatically bound by obligations under international human rights instruments from the respective date of independence and that observance of the obligations should

[23] Mr. Shahabuddeen, speaking for Guyana, 23rd Meeting, 21 April 1977, *Official Records*, Vol. I, p. 163.

[24] *Ibid.*, p. 162. See, also, Sweden, Mr. Hellners, 26th meeting, 25 April 1977, *ibid.*, p. 177.

PRESSION INTERNATIONALE EN FAVEUR DE LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE DE LA SUCCESSION AUTOMATIQUE

Lors des débats qui ont eu lieu à la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, plusieurs Etats ont souligné cette nécessité de prévenir toute interruption dans la succession d'Etats. Cette position a été bien résumée par un représentant qui, tout en estimant que «le problème consiste essentiellement à établir un équilibre entre la continuité et la liberté de choix, sur laquelle repose le principe de la «table rase»[23], a déclaré que dans le cas des traités multilatéraux la nécessité de la continuité était impérative. Il a qualifié de «vide juridique» la situation qui risquait d'exister si tel n'était pas le cas, et a parlé à cet égard d'«un vide inopportun tant pour l'Etat nouvellement indépendant que pour la communauté internationale»[24].

Cette question a aussi été examinée de manière assez approfondie par la Commission des droits de l'homme et par le comité des droits de l'homme.

A sa quarante-neuvième session, la Commission des droits de l'homme a adopté la résolution 1993/23, en date du 5 mars 1993, intitulée «Succession d'Etats en matière de traités internationaux relatifs aux droits de l'homme». Cette résolution encourageait les Etats successeurs à confirmer officiellement qu'ils continuaient d'être liés par les obligations internationales mises à leur charge par les traités relatifs aux droits de l'homme en vigueur. Le caractère particulier des traités relatifs aux droits de l'homme a en outre été confirmé par la Commission dans sa résolution 1994/16, du 25 février 1994, et la Commission a, dans cette résolution, demandé une nouvelle fois aux Etats successeurs qui ne l'avaient pas encore fait de confirmer aux dépositaires intéressés qu'ils continuaient d'être liés par les obligations découlant des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme.

Le comité des droits de l'homme, à sa quarante-septième session (mars-avril 1993), a déclaré que toutes les personnes vivant sur le territoire d'un ex-Etat partie au pacte continuaient de bénéficier de toutes les garanties énoncées dans celui-ci.

Il convient également de noter que durant la cinquième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, tenue du 19 au 23 septembre 1994:

> «Les présidents ont fait observer toutefois qu'à leur avis les Etats successeurs étaient automatiquement liés par les obligations découlant des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme à compter de leur date respective d'indépendance et que le respect de

[23] M. Shahabuddeen, parlant au nom du Guyana, 23e séance, 21 avril 1977, *Documents officiels*, vol. I, p. 163.

[24] *Ibid.*, p. 154. Voir aussi la déclaration du représentant de la Suède, M. Hellners, 26e séance, 25 avril 1977, *ibid.*, p. 168.

not depend on a declaration of confirmation made by the Government of the successor State."[25]

The *Ad Hoc* Committee on Genocide also made the important point that the crime of genocide generally entails the complicity or direct involvement of Governments[26], and national courts are likely to be reluctant or ineffective in adjudicating claims of State-sponsored genocide[27] — hence the importance of Article IX.

All of these views, though not authoritative in themselves, serve to underline the principle here under discussion. These are all committees with special experience of handling problems in the human rights area, and the force of their conviction of the necessity of such a rule emphasizes how vital it is in actual practice.

If such should be the principle suggested, in regard to human rights conventions such as the Covenant on Civil and Political Rights, one can be left in little doubt regarding its essentiality in regard to conventions such as the Genocide Convention.

A clarification of this principle is one of the ways in which international law can respond to the needs of international society.

In the words of Jenks, written in the context of State succession to treaties:

> "if our legal system fails to respond to the widely felt and urgent needs of a developing international society, both its authority as a legal system and the prospect of developing a peaceful international order will be gravely prejudiced"[28].

* * *

All of the foregoing reasons combine to create what seems to me to be a principle of contemporary international law that there is automatic State succession to so vital a human rights convention as the Genocide Convention. Nowhere is the protection of the quintessential human right — the right to life — more heavily concentrated than in that Convention.

Without automatic succession to such a Convention, we would have a situation where the worldwide system of human rights protections con-

---

[25] E/CN.4/1995/80, 28 November 1994, p. 4.

[26] United Nations, *Official Records of the Economic and Social Council, Ad Hoc* Committee on Genocide, Sixth Session, 4th meeting, United Nations doc. E/AC.25/SR.4 (1948), pp. 3-5, cited in M. Lippman, "The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty-five Years Later", *Temple International and Comparative Law Journal*, 1994, Vol. 8, p. 70.

[27] *Ibid.*

[28] Jenks, *op. cit.*, p. 110.

ces obligations ne devait pas dépendre d'une déclaration de confirmation faite par le gouvernement de l'Etat successeur.»[25]

Le comité spécial du génocide a quant à lui souligné un point important, à savoir que le crime de génocide implique généralement la complicité ou la participation directe de gouvernements[26], et que les tribunaux nationaux risquaient d'être réticents ou inefficaces s'agissant de statuer sur des demandes faisant état d'actes de génocide commis à l'instigation d'un Etat[27] — d'où l'importance de l'article IX.

Toutes ces opinions, bien qu'elles ne fassent pas en elles-mêmes autorité, mettent en lumière le principe que nous examinons ici. Elles émanent toutes d'organes ayant une expérience particulière des problèmes qui se posent dans le domaine des droits de l'homme, et la force de la conviction de ces organes quant à la nécessité d'une telle règle montre combien elle est vitale dans la pratique.

Si tel doit être le principe suggéré en ce qui concerne des traités relatifs aux droits de l'homme comme le pacte international relatif aux droits civils et politiques, on ne peut douter que ce principe soit essentiel s'agissant de conventions comme la convention sur le génocide.

Clarifier ce principe constituerait pour le droit international une manière de répondre aux besoins de la société internationale.

Ainsi que l'a écrit Jenks au sujet de la succession d'Etats en matière de traités:

> «si notre système juridique ne répond pas aux besoins urgents et largement ressentis du développement de la société internationale, tant son autorité en tant que système juridique que la possibilité d'instaurer un ordre international pacifique seront gravement compromis»[28].

* * *

Toutes les raisons qui précèdent s'additionnent pour créer ce qui me paraît être un principe du droit international contemporain, à savoir que la succession d'Etats à une convention relative aux droits de l'homme aussi vitale que la convention sur le génocide est automatique. La protection du plus essentiel des droits de la personne humaine — le droit à la vie — n'est nulle part aussi vigoureusement recherchée que dans cette convention.

Faute de succession automatique à une telle convention, le système mondial de protection des droits de l'homme générerait continuellement

---

[25] E/CN.4/1995/80, 28 novembre 1994, p. 4.

[26] Nations Unies, *Documents officiels du Conseil économique et social*, comité spécial du génocide, sixième session, 4e séance, p. 3-5, doc. E/AC.25/SR.4, 1948, cité dans M. Lippman, «The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty-five Years Later», *Temple International and Comparative Law Journal*, 1994, vol. 8, p. 70.

[27] *Ibid.*

[28] Jenks, *op. cit.*, p. 110.

tinually generates gaps in the most vital part of its framework, which open up and close, depending on the break-up of the old political authorities and the emergence of the new. The international legal system cannot condone a principle by which the subjects of these States live in a state of continuing uncertainty regarding the most fundamental of their human rights protections. Such a view would grievously tear the seamless fabric of international human rights protections, endanger peace, and lead the law astray from the Purposes and Principles of the United Nations, which all nations, new and old, are committed to pursue.

(Signed) Christopher Gregory WEERAMANTRY.

des lacunes dans la partie la plus vitale de son cadre, lacunes qui s'ouvriraient ou seraient comblées en fonction de la dissolution des autorités politiques en place et de l'apparition des nouvelles. Le système juridique international ne peut tolérer un principe aux termes duquel les sujets des Etats en question vivraient dans une constante incertitude quant à la protection de leurs droits de l'homme les plus fondamentaux. Une telle doctrine porterait gravement atteinte au tissu même de la protection internationale des droits de l'homme, mettrait la paix en péril et détournerait le droit des buts et principes des Nations Unies que toutes les nations, nouvelles et anciennes, sont attachées à réaliser.

(Signé) Christopher Gregory WEERAMANTRY.

SEPARATE OPINION OF JUDGE PARRA-ARANGUREN

While endorsing the operative paragraphs in the Judgment, I have decided to append this separate opinion to emphasize the following points that I consider of great importance:

1. The fact that Bosnia and Herzegovina became a party to the Genocide Convention was expressly admitted by Yugoslavia on 10 August 1993 when requesting the Court to indicate the following provisional measures:

> "The Government of the so-called Republic of Bosnia and Herzegovina should immediately, *in pursuance of its obligation under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of December 1948*, take all measures within its power to prevent commission of the crime of genocide against the Serb ethnic group." (Emphasis added.)

Therefore, Yugoslavia admitted that Bosnia and Herzegovina was a party to the Genocide Convention and consequently that the Court has jurisdiction on the basis of its Article IX; a declaration that is particularly important because it was made almost two months after the Secretary-General of the United Nations received, on 15 June 1993, the communication from Yugoslavia objecting to the notification of succession made by Bosnia and Herzegovina in respect of the Genocide Convention.

2. The declaration made by Bosnia and Herzegovina expressing its wish to succeed to the Convention with effect from 6 March 1992, the date on which it became independent, is wholly in conformity with the humanitarian nature of the Genocide Convention, the non-performance of which may adversely affect the people of Bosnia and Herzegovina. In my opinion the Judgment should have remarked on and developed this point, taking into account that the importance of maintaining the application of such conventions of humanitarian character had already been recognized by the Court in its Advisory Opinion of 21 June 1971, when determining "the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)"; resolution that had declared invalid and illegal all acts taken by the Government of South Africa on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate. In that case it was recalled that member States were under an obligation to abstain from entering into treaty relations with South Africa in all cases in which the

OPINION INDIVIDUELLE DE M. PARRA-ARANGUREN

[Traduction]

Tout en approuvant les paragraphes du dispositif de l'arrêt, j'ai décidé de formuler la présente opinion individuelle pour souligner les points ci-après, que je considère comme très importants:

1. Le fait que la Bosnie-Herzégovine est devenue partie à la convention sur le génocide a été expressément admis par la Yougoslavie le 10 août 1993 lorsqu'elle a demandé à la Cour d'indiquer les mesures conservatoires ci-après:

> «Le Gouvernement de la prétendue République de Bosnie-Herzégovine doit immédiatement, *conformément à l'obligation qui est la sienne en vertu de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948*, prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission du crime de génocide contre le groupe ethnique serbe.» (Les italiques sont de moi.)

La Yougoslavie a donc admis que la Bosnie-Herzégovine était partie à la convention sur le génocide et, partant, que la Cour était compétente en vertu de l'article IX de la convention; cette déclaration est d'autant plus importante qu'elle a été faite presque deux mois après que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies eut reçu, le 15 juin 1993, la communication par laquelle la Yougoslavie a formulé des objections à la notification de succession de la Bosnie-Herzégovine concernant la convention sur le génocide.

2. La déclaration par laquelle la Bosnie-Herzégovine a indiqué qu'elle souhaitait succéder à la convention avec effet à compter du 6 mars 1992, date à laquelle elle est devenue indépendante, est totalement conforme au caractère humanitaire de la convention sur le génocide, dont la non-exécution risquerait d'avoir des répercussions fâcheuses pour la population de Bosnie-Herzégovine. A mon avis, l'arrêt aurait dû relever ce point et le développer, car il est important de maintenir les conventions de caractère humanitaire en application, comme la Cour l'a déjà reconnu dans son avis consultatif du 21 juin 1971, lorsqu'elle a déterminé «les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité»; cette résolution avait déclaré illégales et invalides toutes les mesures prises par le Gouvernement sud-africain au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne après la cessation du mandat. A cette occasion, la Cour a rappelé que les Etats Membres étaient tenus de ne pas établir avec l'Afrique du Sud des relations conventionnelles dans tous les cas où le

Government of South Africa purported to act on behalf of or concerning Namibia; and immediately after the Court added:

> "With respect to existing bilateral treaties, member States must abstain from invoking or applying those treaties or provisions of treaties concluded by South Africa on behalf of or concerning Namibia which involve active intergovernmental co-operation. With respect to multilateral treaties, however, the same rule cannot be applied to certain general conventions such as those of a humanitarian character, the non-performance of which may adversely affect the people of Namibia." (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J. Reports 1971*, p. 55, para. 122.)

Similar ideas are sustained by Article 60, paragraph 5, of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties when providing that its rules on termination or suspension of a treaty as a consequence of its breach

> "do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties".

It is not easy to understand why the same conclusion was not accepted by the Court in this case relating to the application of the Genocide Convention.

(Signed) Gonzalo PARRA-ARANGUREN.

Gouvernement sud-africain prétendrait agir au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne; et immédiatement après, la Cour a ajouté:

> «S'agissant des traités bilatéraux en vigueur, les Etats Membres doivent s'abstenir d'invoquer ou d'appliquer les traités ou dispositions des traités conclus par l'Afrique du Sud au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne qui nécessitent une collaboration intergouvernementale active. Pour ce qui est des traités multilatéraux, la même règle ne peut s'appliquer à certaines conventions générales, comme les conventions de caractère humanitaire, dont l'inexécution pourrait porter préjudice au peuple namibien.» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971*, p. 55, par. 122.)

Le paragraphe 5 de l'article 60 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités consacre des idées analogues lorsqu'il dispose que les règles qu'il énonce en ce qui concerne l'extinction d'un traité ou la suspension de son application comme conséquence de sa violation

> «ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toutes formes de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités».

On comprend mal pourquoi la Cour n'a pas accepté la même conclusion en la présente affaire relative à l'application de la convention sur le génocide.

(*Signé*) Gonzalo PARRA-ARANGUREN.

DISSENTING OPINION OF JUDGE KREĆA

TABLE OF CONTENTS

	Paragraphs
INTRODUCTION	
FIRST PRELIMINARY OBJECTION	
Basic approach to the meaning of the first preliminary objection	1
Concept of the State *ab intra*	3-4
Application of the constituent element of the concept to Bosnia and Herzegovina	5-26
Meaning of the Dayton Agreement in the establishment of Bosnia and Herzegovina within the administrative boundaries of that former Yugoslav federal unit	22-25
Recognition of Bosnia and Herzegovina	26
SECOND PRELIMINARY OBJECTION	
Relevance of internal law *in concreto*	27
Was the President of the Presidency of Bosnia and Herzegovina authorized to personally accredit a "General Agent with extraordinary and plenipotentiary powers to the Court"?	28-29
Could Mr. Izetbegović have performed the function of President of the Presidency *ex constitutione* after 20 December 1992?	30-37
Legal qualification of the matter	38-39
THIRD PRELIMINARY OBJECTION	
Sedes materiae of the third preliminary objection	40
Relevance of international law to the birth of States (concept of the State *ab extra*)	41-44
The legality of the proclamation of Bosnia and Herzegovina's independence in the light of the internal law of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia	45-67
Relevance of the internal law of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia	45-46
Constitutional concept of the Yugoslav State — constitutional concept of Bosnia and Herzegovina	47-58
Promulgation of Bosnia and Herzegovina as a sovereign State	59-67
Legality of the proclamation of independence of Bosnia and Herzegovina in the light of international law	68-81
Relation between the legality of the birth of a State and succession with respect to international treaties	82-89
Is Yugoslavia a party to the Genocide Convention?	90-97

OPINION DISSIDENTE DE M. KREĆA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	
PREMIÈRE EXCEPTION PRÉLIMINAIRE	
Conception de base du sens de la première exception préliminaire	1
Notion d'Etat *ab intra*	3-4
Application des éléments constitutifs de la nation à la Bosnie-Herzégovine	5-26
Signification des accords de Dayton au regard de l'établissement de la Bosnie-Herzégovine à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale yougoslave	22-25
Reconnaissance de la Bosnie Herzégovine	26
DEUXIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE	
Applicabilité du droit interne *in concreto*	27
Le président de la présidence de Bosnie-Herzégovine était-il autorisé à personnellement accréditer un «agent extraordinaire et plénipotentiaire» auprès de la Cour?	28-29
M. Izetbegović aurait-il pu exercer les fonctions de président de la présidence *ex constitutione* après le 20 décembre 1992?	30-37
Qualification juridique de la question	38-39
TROISIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE	
Sedes materiae de la troisième exception préliminaire	40
Applicabilité du droit international à la naissance d'Etats (notion d'Etat *ab extra*)	41-44
La légalité de la proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine au regard du droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie	45-67
Applicabilité du droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie	45-46
Conception constitutionnelle de l'Etat yougoslave et de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'entité fédérale	47-58
La proclamation de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat souverain	59-67
Légalité de la proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine en droit international	68-81
Le rapport entre la légalité de la naissance d'un Etat et la succession d'Etats en matière de traités	82-89
La Yougoslavie est-elle partie à la convention sur le génocide?	90-97

FIFTH PRELIMINARY OBJECTION

Principal legal questions raised by Yugoslavia's fifth preliminary objection 99
Qualification of the conflict in Bosnia and Herzegovina 100
Legal nature of the rights and obligations of States under the Convention 101
Does the Genocide Convention contain the principle of universal repression? 102
Could a State be responsible for genocide? 103-104
The scope of Article IX of the Convention 105

SIXTH PRELIMINARY OBJECTION

General approach to the issue raised by Yugoslavia's sixth preliminary objection 106-107
Legal nature of the Genocide Convention 108
Institute of "automatic succession" — *lex lata* or *lex ferenda*? 109-111

Principles underlying the Convention as a part of the *corpus juris cogentis* 112-114
Notification of succession — whether it is capable *per se* of expressing consent to be bound by the treaty? 115-118
Is the Dayton Agreement a basis for the application of the Genocide Convention between Yugoslavia and Bosnia and Herzegovina? 119

SEVENTH PRELIMINARY OBJECTION

Scope of Article IX of the Convention *ratione temporis* — retroactivity or non-retroactivity? 120

CINQUIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

Principales questions juridiques que soulève la cinquième exception préliminaire de la Yougoslavie 99
Qualification du conflit en Bosnie-Herzégovine 100
Nature juridique des droits et obligations des Etats découlant de la convention 101
La convention sur le génocide consacre-t-elle le principe de la répression universelle? 102
Un Etat peut-il être responsable de génocide? 103-104
Le champ d'application de l'article IX de la convention 105

SIXIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

Approche générale de la question que soulève la sixième exception préliminaire de la Yougoslavie 106-107
Nature juridique de la convention sur le génocide 108
Conception de la «succession automatique» — *lex lata* ou *lex ferenda*? 109-111
Principes qui sous-tendent la convention en tant que partie du *corpus juris cogentis* 112-114
Notification de succession — peut-elle en soi exprimer un consentement à être lié par le traité? 115-118
L'accord de Dayton peut-il constituer une base pour l'application de la convention sur le génocide entre la Yougoslavie et la Bosnie-Herzégovine? 119

SEPTIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

Champ d'application de l'article IX de la convention *ratione temporis* — rétroactivité ou non-rétroactivité? 120

INTRODUCTION

In spite of my respect for the Court, I am compelled, with deep regret, to avail myself of the right to express a dissenting opinion.

As each objection appears to be designed as a separate whole, I shall treat the objections raised by Yugoslavia separately, in such a way as to ensure that the conclusions drawn therefrom will serve as a proper basis for my general conclusion concerning the jurisdiction of the Court and the admissibility of Bosnia and Herzegovina's claim.

FIRST PRELIMINARY OBJECTION

1. My approach to the meaning of the first preliminary objection is essentially different from that of the Court. Prior to deciding whether *in concreto* there is an international dispute within the terms of Article IX of the Genocide Convention, it is necessary, in my opinion, to resolve the dilemma of whether Bosnia and Herzegovina at the time when the Application, as well as the Memorial, were submitted, and Bosnia and Herzegovina as it exists today when this case is being heard, are actually one and the same State. This question represents, in my opinion, a typical example of what Judge Fitzmaurice in his separate opinion in the *Northern Cameroons* case[1] described as objections "which can and strictly should be taken in *advance* of any question of competence", for it opens the way for the *persona standi in judicio* of Bosnia and Herzegovina.

If they are the same State, then the issue raised by the preliminary objection is in order. In the event that they are not, the situation is in my opinion clear — there is no dispute concerning Article IX of the Convention — hence, *placitum aliud personale*.

In this regard, the issue raised by the first preliminary objection is not an issue of admissibility *stricto sensu*, but a mixture, in its own right, of admissibility and jurisdiction *ratione personae*.

2. The aforementioned question is directly linked with the concept of an international dispute, the substance of which consists of two cumulative elements — the material, and the formal. The generally accepted definition of the dispute which the Court gave in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case[2] represents, in fact, only the material element of the concept of "international dispute". In order to qualify "a disagreement over a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests", which is evident in this specific case, as an "international dispute", another, formal element is indispensable, i.e., that the parties in the "disagreement or conflict" be States in the sense of international public law.

[1] *I.C.J. Reports 1963*, p. 105.
[2] *P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11.

INTRODUCTION

C'est très respectueusement que je me trouve contraint, à mon grand regret, de me prévaloir du droit de formuler une opinion dissidente.

Chacune des exceptions soulevées par la Yougoslavie semblant être conçue comme un tout distinct, je les examinerai séparément, afin que les conclusions auxquelles j'aboutirai constituent un fondement solide pour ma conclusion générale concernant la compétence de la Cour et la recevabilité de la demande de la Bosnie-Herzégovine.

PREMIÈRE EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

1. Ma conception du sens de la première exception préliminaire est fondamentalement différente de celle de la Cour. Avant de décider si, *in concreto*, il existe un différend international au sens de l'article IX de la convention sur le génocide, il est à mon avis nécessaire de déterminer si la Bosnie-Herzégovine à l'époque où la requête et le mémoire ont été soumis et la Bosnie-Herzégovine telle qu'elle existe aujourd'hui alors que la présente affaire est à l'examen constituent effectivement un seul et même Etat. Cette question est à mon avis un exemple typique de ce que dans son opinion individuelle en l'affaire du *Cameroun septentrional*[1] sir Gerald Fitzmaurice a décrit comme relevant d'exceptions «qui peuvent et, à strictement parler, doivent être examinées *préalablement* à toute question de compétence», car elle ouvre la voie à la *persona standi in judicio* de la Bosnie-Herzégovine.

S'il s'agit du même Etat, alors la question soulevée par l'exception préliminaire est pertinente. Dans le cas contraire, la situation est à mon avis claire — il n'y a pas de différend concernant l'article IX de la convention — et, ainsi, *placitum aliud personale*.

A cet égard, la question soulevée par la première exception préliminaire n'est pas une question de recevabilité *stricto sensu*, mais une question *sui generis* touchant à la fois la recevabilité et la compétence *ratione personae*.

2. La question susmentionnée est directement liée à la notion de différend international, qui consiste en deux éléments cumulés — un élément matériel et un élément formel. La définition généralement acceptée du terme «différend» que la Cour a donnée dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*[2] ne représente en fait que l'élément matériel de la notion de «différend international». Pour pouvoir qualifier «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts», lesquels sont évidents en l'espèce, de «différend international», un autre élément, formel celui-là, est indispensable, à savoir que les parties au «désaccord» ou en «opposition»

[1] *C.I.J. Recueil 1963*, p. 105.
[2] *C.P.J.I. série A n° 2*, p. 11.

Article IX of the Genocide Convention stipulates the competence of the Court for the "disputes between the Parties". The term "Parties", as it obviously results from Article XI of the Convention, means States, either members or non-members of the United Nations.

The term "State" is not used either *in abstracto* in the Genocide Convention, or elsewhere; it means a concrete entity which combines in its personality the constituting elements of a State, determined by the international law. The pretention of an entity to represent a State, and even recognition by other States, is not, in the eyes of the law, sufficient on its own to make it a State within the meaning of international law.

From the very beginning of the proceedings before the Court, Yugoslavia challenged the statehood of Bosnia and Herzegovina. It is true that, as the Court noted, Yugoslavia explicitly withdrew this preliminary objection. However substantial arguments against the statehood of Bosnia and Herzegovina at the relevant time were indicated by Yugoslavia in support of its third objection. *Exempli causa*, Yugoslavia emphasized that "[t]he central organs of the Government of this Republic controlled a very small part of the territory of Bosnia and Herzegovina . . . In fact four states existed in the territory of the former Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina . . ."[3]. The third objection of Yugoslavia may in substance be reduced to the assertion that Bosnia and Herzegovina, in the light of relevant legal rules, "has not established its independent statehood" within the administrative boundaries of that former federal unit. This was an additional reason for the Court to take its stand on the aforementioned question, not only in order to be able to take the decision on the first preliminary objection of Yugoslavia, but also in order to decide whether, and to what extent, it was competent in this case.

The response to the question whether Bosnia and Herzegovina, at the relevant points in time, was constituted as a State within the administrative boundaries of the federal unit of Bosnia and Herzegovina has, in my opinion, a definite affect on the succession to the Genocide Convention. To be bound by the Genocide Convention is only one of the forms of "replacement of one State by another in the responsibility for international relations of the territory". The word "territory" refers to the space in which the newly formed State exercises *summa potestas*, the space within which it is constituted as a State in the sense of the relevant norms of international law. It need hardly be said that there is no legal basis that would enable one State to assume contractual obligations in the name of another State or States, whether recognized or not. Bosnia and Herzegovina explicitly claims — and, what is more, its entire Memorial is based on that claim — that it is acting in the name of the whole of the former federal unit of Bosnia and Herzegovina, i.e., that Bosnia and Herze-

[3] CR 96/5, p. 35.

doivent être des Etats au sens du droit international public. L'article IX de la convention sur le génocide dispose que la Cour est compétente pour connaître des «différends entre les parties». Le terme «parties», tel qu'il résulte à l'évidence de l'article XI de la convention, désigne les Etats, qu'ils soient ou non membres de l'Organisation des Nations Unies.

Le terme «Etat» n'est pas non plus utilisé *in abstracto* dans la convention sur le génocide ni ailleurs; il désigne une entité concrète qui réunit dans sa personnalité les éléments constitutifs de l'Etat tels que ceux-ci sont définis par le droit international. La prétention d'une entité à la qualité d'Etat, et même sa reconnaissance par d'autres Etats, ne sont pas, au regard du droit, suffisantes en elles-mêmes pour faire de cette entité un Etat au sens du droit international.

Dès le tout début de l'instance devant la Cour, la Yougoslavie a contesté à la Bosnie-Herzégovine la qualité d'Etat. Certes, comme l'a noté la Cour, la Yougoslavie a expressément retiré cette exception préliminaire. Toutefois, elle a formulé à l'appui de sa troisième exception des arguments de fond pour dénier à la Bosnie-Herzégovine la qualité d'Etat durant la période pertinente. Elle a par exemple souligné que «les organes centraux du gouvernement de cette république ne contrôlaient qu'une très petite fraction de son territoire ... Il existait en fait quatre Etats sur le territoire de l'ex-République socialiste de Bosnie-Herzégovine...»[3] En substance, la troisième exception de la Yougoslavie peut être ramenée à l'argument selon lequel, au regard des règles juridiques applicables, la Bosnie-Herzégovine «n'a pas établi sa qualité d'Etat indépendant» à l'intérieur des limites administratives de cette ex-entité fédérale. C'était là une autre raison pour laquelle la Cour devait prendre position sur la question susmentionnée, non seulement pour pouvoir statuer sur la première exception préliminaire de la Yougoslavie, mais aussi pour décider si et dans quelle mesure elle était compétente en la présente affaire.

La réponse à la question de savoir si la Bosnie-Herzégovine, aux moments pertinents, était constituée en Etat à l'intérieur des limites administratives de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine a un effet concret sur la succession à la convention sur le génocide. Etre lié par la convention sur le génocide est seulement l'une des formes de la «substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire». Le mot «territoire» vise l'espace dans lequel l'Etat nouvellement formé exerce la *summa potestas*, espace à l'intérieur duquel il est constitué en Etat au sens des normes en vigueur du droit international. Il est à peine besoin de dire qu'aucune base juridique ne permet à un Etat d'assumer des obligations contractuelles au nom d'un autre Etat ou d'autres Etats, qu'ils soient reconnus ou non. La Bosnie-Herzégovine prétend expressément — et, qui plus est, la totalité de son mémoire repose sur cette prétention — qu'elle agit au nom de l'ensemble de l'ex-entité fédérale de Bosnie-Herzégovine, c'est-à-dire qu'elle est l'Etat suc-

[3] CR 96/5, p. 35.

govina is the successor State in relation to the entire territory of that former federal unit. Hence, in my opinion, it is essential that the Court, in defining the factual and legal state of affairs in the territory of Bosnia and Herzegovina at the relevant points in time, should precisely determine the scope of its jurisdiction.

Finally, in its scope, the answer to the question of the State identity of Bosnia and Herzegovina is, in my view, also relevant with regard to the Yugoslav claim stated in the fifth preliminary objection according to which the case "in point is an international conflict between three sides in which FRY was not taking part".

Having in mind the foregoing, and even in the event that Yugoslavia has not made such an assertion, the Court is not relieved of the obligation to do so. As established in the Judgment on the *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council:*

> "The Court must however always be satisfied that it has jurisdiction, and must if necessary go into that matter *proprio motu*. The real issue raised by the present case was whether, in the event of a party's failure to put forward a jurisdictional objection as a preliminary one, that party might not thereby be held to have acquiesced in the jurisdiction of the Court."[4]

3. (*The concept of the State* ab intra.) The concept of the State *ab intra* defines the State as an isolated, static phenomenon on the basis of its constituent elements. The State so defined is usually understood to be an entity comprised cumulatively of a permanent population, an established territory and sovereign authority. Not infrequently, other elements of the State are also cited but they do not merit the qualification of constituent elements. They are by their nature either derived elements (*exempli causa*, "capacity to enter into relations with other States") or they reflect exclusivistic concepts which are ontologically in contradiction with the democratic nature of positive international law ("degree of civilization such as enables it to observe the principles of international law", etc.).

As far as the nature of the cited constituent elements of the State are concerned, they are legal facts. As legal facts they have two dimensions.

The qualification "constituent elements of the State" reflects the static, phenomenological dimension of the concept of the State. It proceeds from the State as a fact, i.e., phenomenologically, and focuses on the basic constituent elements of its static being.

In the case of the emergence of new States, the constituent elements of the concept of the State lose their phenomenological characteristics — since in that case, there is no State as an entity — and are transformed into *prerequisites* for the emergence of a State. In other words, for a cer-

[4] *I.C.J. Reports 1972*, p. 52.

cesseur relativement à la totalité du territoire de cette ex-entité fédérale. C'est pourquoi il est à mon avis essentiel que la Cour, lorsqu'elle définit la situation en fait et en droit dans le territoire de Bosnie-Herzégovine aux moments pertinents, définisse précisément l'étendue de sa compétence.

Finalement, par sa portée, la réponse à la question de l'identité étatique de la Bosnie-Herzégovine est à mon avis également pertinente en ce qui concerne l'argument formulé par la Yougoslavie dans sa cinquième exception préliminaire, à savoir qu'«il y a en l'espèce un conflit interne entre trois parties, auxquelles la République fédérative de Yougoslavie n'est pas partie prenante».

Compte tenu de ce qui précède, et même si la Yougoslavie n'avait pas présenté un tel argument, la Cour n'en est pas moins tenue de s'assurer de sa compétence. Comme il a été établi dans l'arrêt rendu dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*:

> «La Cour n'en doit pas moins s'assurer de sa compétence et elle doit, s'il y a lieu, l'examiner d'office. Le vrai problème soulevé en l'espèce, du fait qu'une partie 'est abstenue de présenter une objection à la compétence sous la forme d'une exception préliminaire, a été de savoir si cette partie ne devrait pas être considérée comme ayant ainsi accepté la compétence de la Cour.»[4]

3. (*La notion d'Etat* ab intra.) La notion d'Etat *ab intra* définit l'Etat comme un phénomène isolé et statique sur la base de ses éléments constitutifs. L'Etat ainsi défini s'entend généralement d'une entité comprenant une population permanente, un territoire établi et une autorité souveraine. Il n'est pas rare que d'autres éléments de l'Etat soient aussi cités mais ils ne méritent pas la qualification d'éléments constitutifs, soit qu'il s'agisse, par leur nature, d'éléments dérivés (par exemple «la capacité d'établir des relations avec d'autres Etats»), soit qu'ils reflètent des notions exclusivistes ontologiquement incompatibles avec la nature démocratique du droit international positif («niveau de civilisation permettant à l'Etat d'observer les principes du droit international», etc.).

Quant à la nature des éléments constitutifs de l'Etat cités ci-dessus, il s'agit de faits juridiques. En tant que faits juridiques, ils ont deux dimensions.

La qualification d'«éléments constitutifs de l'Etat» reflète la dimension phénoménologique statique de la notion d'Etat. Elle procède de l'Etat qui, en tant que fait, c'est-à-dire phénoménologiquement, est axé sur les éléments constitutifs fondamentaux de son être statique.

Dans le cas de l'apparition de nouveaux Etats, les éléments constitutifs de l'Etat perdent leurs caractéristiques phénoménologiques — car dans ce cas il n'y a pas d'Etat en tant qu'entité — et se transforment en *conditions préalables* à la naissance d'un Etat. En d'autres termes, pour qu'une cer-

[4] *C.I.J. Recueil 1972*, p. 52.

tain entity to become a State it must cumulatively fulfil conditions which are, in the material sense, identical with the constituent elements of a State in the static, phenomenological sense.

4. What is the mutual relationship among the basic constituent elements of the State? From the formal standpoint, the question may appear to be superfluous, as by its very wording it suggests the only possible answer and that is that they are elements that function cumulatively. However, the question does have a logic of its own if one views it as relating to the value relationship among the cumulative elements or, in other words, if one views, within the concept of the State comprised of the three cited elements, their mutual relationship *ab intra*.

With the reservation that the value relationship among the cited elements is to some extent determined in advance by the cumulative nature of the elements, some conclusions can nonetheless be drawn. First, there is no doubt that a certain value relationship, if not even a hierarchy, does exist. Suffice it to note that territory and population are immanent to some non-State entities as well. It is also beyond doubt that the element of sovereignty is peculiar to the State alone. Thirdly — and this is the *differentia specifica* between States and other, non-State entities — sovereignty is in a sense a qualifying condition, a condition of special value, for sovereign authority is not only one of the constituent elements of the State, but it is at the same time an element which gives concrete substance to the rather abstract and broad concepts of "territory" and "population" and, in so doing, links them to the concept of the State in the sense of international law. Evidently, for a "territory" to be "State territory" it must be subject to sovereign authority. Without it a "territory" is not a State territory but it is something else (*res nullius*, trusteeship territory, *res communis omnium*, common heritage of mankind and the like).

5. Were the constituent elements of a State in existence in the case of Bosnia and Herzegovina at the relevant point in time?

6. There is no doubt that Bosnia and Herzegovina had a "permanent population" if we use the term in the technical sense, i.e., in the sense of a group of individuals who were linked to the relevant territory by their way of life.

However, within the system of positive international law, the term "permanent population" acquires a different meaning. In a system that recognizes the fundamental significance of the norms of equal rights and self-determination of peoples (see paras. 67-68, 71 below), the concept of a "permanent population", at least when referring to a territory inhabited by several peoples, cannot have only the cited technical meaning. In that case, if one is to be able to speak of a "permanent population" in view of the norm on equal rights and self-determination of peoples, there has to be a minimum of consensus among the peoples regarding the conditions of their life together.

In Bosnia and Herzegovina that minimum did not exist. The Referendum of 29 February and 1 March 1992, in relation to the national plebi-

taine entité devienne un Etat, elle doit remplir cumulativement des conditions qui sont, au sens matériel, identiques aux éléments constitutifs d'un Etat pris aux sens statique et phénoménologique.

4. Quelle est la relation mutuelle entre les éléments constitutifs fondamentaux de l'Etat? Du point de vue formel, la question peut sembler superflue, car son libellé même suggère la seule réponse possible, à savoir qu'il s'agit d'éléments qui opèrent cumulativement. Toutefois, cette question a sa propre logique si on l'envisage du point de vue de la valeur relative des éléments cumulés ou, en d'autres termes, si l'on envisage, au sein de la notion d'Etat constitué des trois éléments cités, la relation mutuelle de ces éléments *ab intra*.

Même si la valeur comparée de ces éléments est dans une certaine mesure déterminée à l'avance par leur nature cumulative, certaines conclusions peuvent néanmoins être tirées. Premièrement, il n'est pas douteux qu'il existe bien une échelle de valeurs, sans aller jusqu'à une hiérarchie. Il suffit de noter que territoire et population sont également inhérents à certaines entités non étatiques. Il est aussi hors de doute que l'élément de souveraineté est propre au seul Etat. Troisièmement — et cela est la *differentia specifica* entre les Etats et d'autres entités, non étatiques — la souveraineté est dans un sens une condition *sine qua non*, une condition d'une valeur particulière, car l'autorité souveraine n'est pas seulement l'un des éléments constitutifs de l'Etat, mais elle est en même temps celui qui donne une substance concrète aux notions assez abstraites et larges de «territoire» et de «population» et, ce faisant, les relie à la notion d'Etat au sens du droit international. A l'évidence, pour qu'un «territoire» soit un «territoire étatique» il doit être soumis à une autorité souveraine. A défaut, un «territoire» n'est pas un territoire étatique mais quelque chose d'autre (*res nullius*, territoire sous tutelle, *res communis omnium*, patrimoine commun de l'humanité, etc.).

5. Les éléments constitutifs de l'Etat existaient-ils dans le cas de la Bosnie-Herzégovine à la date pertinente?

6. Il n'est pas douteux que la Bosnie-Herzégovine avait une «population permanente» si l'on utilise l'expression au sens technique, c'est-à-dire au sens d'un groupe d'individus liés au territoire en question par leur mode de vie.

Toutefois, en droit international positif, l'expression «population permanente» acquiert un sens différent. Dans un système qui accorde une importance fondamentale aux principes de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples (voir ci-après par. 67, 68 et 71), la notion de «population permanente», au moins lorsque l'on se réfère à un territoire habité par plusieurs peuples, ne peut avoir seulement le sens technique susvisé. Dans un tel cas, pour pouvoir parler d'une «population permanente» compte tenu des principes de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples, un minimum de consensus doit exister entre les peuples concernés quant aux conditions de leur vie commune.

En Bosnie-Herzégovine, ce minimum n'existait pas. Le référendum du 29 février et du 1er mars 1992, en relation avec le plébiscite national du

scite of the Serb people in Bosnia and Herzegovina of 9-10 November 1991, showed that the "permanent population" of the federal unit of Bosnia and Herzegovina was divided into the Muslim-Croat peoples on the one hand and the Serb people on the other. The unification of the communes with a majority Croat population into the Croatian Community of Herceg-Bosna on 19 November 1991 and especially the formation of the independent State community of Herceg-Bosna on 4 July 1992, symbolized the complete divergence of options among the three peoples of Bosnia and Herzegovina. In an entity in which *summa potestas* is a constituent element of special importance and bearing in mind how it was distributed in Bosnia and Herzegovina, there are strong grounds to claim that in Bosnia and Herzegovina there were in fact three "permanent populations".

7. The use of the term "defined territory" implies defined and settled boundaries in accordance with the rules of positive international law. As a condition for the existence of a State, "defined and settled boundaries" do not have absolute value — in practice a State has been considered to have been constituted even when all its boundaries were not defined. However, it is essential that "there is a consistent band of territory which is undeniably controlled by the Government of the alleged State"[5]. The rule is that the boundaries be established by international treaty or, exceptionally, on the basis of the principle of effectiveness.

The question whether Bosnia and Herzegovina had "defined and settled boundaries" has a two-fold meaning: material and in terms of time.

8. In the material sense, the relevant question is whether one can equate administrative-territorial boundaries within a composite State and frontiers between States in the sense of international law?

The answer can only be negative both from the standpoint of the internal law of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) and from the standpoint of international law.

As far as the internal law of SFRY is concerned, suffice it to note the provisions of Article 5 (1) of the SFRY Constitution which stipulated *expressis verbis* that the "territory of SFRY is unified" and that it is "composed of the territories of the Socialist Republics". That the "boundaries" between the federal units were merely lines of administrative division is also evidenced by the fact that they were not directly established by any legal act. They were determined indirectly, via the territories of the communes which comprised a certain federal unit so that they were, in a sense, the aggregation of communal borders. Thus, the Constitution of Bosnia and Herzegovina stipulated in Article 5: "[t]he territory of SR Bosnia-Herzegovina is composed of the areas of the communes".

[5] M. N. Shaw, *International Law*, 1986, p. 127.

peuple serbe en Bosnie-Herzégovine des 9 et 10 novembre 1991, a montré que la «population permanente» de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine était divisée en un peuple croato-musulman, d'une part, et un peuple serbe, de l'autre. La réunion des communes à majorité croate au sein de la communauté croate d'Herceg-Bosna le 19 novembre 1991 et, en particulier, la formation de la communauté étatique indépendante d'Herceg-Bosna le 4 juillet 1992 symbolisaient les divergences totales de choix entre les trois peuples de Bosnie-Herzégovine. S'agissant d'une entité dans laquelle la *summa potestas* est un élément constitutif d'une importance particulière et compte tenu de la manière dont elle était répartie en Bosnie-Herzégovine, de solides arguments permettent d'affirmer qu'il y avait en fait trois «populations permanentes» en Bosnie-Herzégovine.

7. L'utilisation de l'expression «territoire défini» implique des frontières définies et établies conformément aux règles du droit international positif. En tant que condition de l'existence d'un Etat, «des frontières définies et établies» n'ont pas une valeur absolue — en pratique on a considéré qu'un Etat était constitué même lorsque toutes ses frontières n'étaient pas définies. Toutefois, il est essentiel qu'«il existe une bande consistante de territoire indéniablement contrôlée par le gouvernement du prétendu Etat»[5]. La règle est que les frontières doivent être établies par traité international ou, exceptionnellement, sur la base du principe de l'effectivité.

La question de savoir si la Bosnie-Herzégovine avait «des frontières définies et établies» a un double aspect, matériel et chronologique.

8. Du point de vue matériel, il s'agit de savoir si l'on peut assimiler les limites administratives territoriales internes d'un Etat composite à des frontières entre Etats au sens du droit international?

La réponse ne peut être que négative tant du point de vue du droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie que du point de vue du droit international.

En ce qui concerne le droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, il suffit de noter les dispositions de l'article 5, paragraphe 1, de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, qui disposait expressément que «le territoire de la République fédérative socialiste de Yougoslavie est unifié» et qu'il est «composé des territoires des républiques socialistes». La raison de penser que les «limites» entre les entités fédérales n'étaient que des lignes de démarcation administratives est aussi attestée par le fait qu'elles n'avaient pas été établies directement par un acte juridique. Elles étaient déterminées indirectement, par le biais des territoires des communes qui constituaient une certaine entité fédérale de telle sorte qu'elles étaient, en un sens, un agrégat de frontières communales. Ainsi, la Constitution de Bosnie-Herzégovine stipulait à l'article 5: «Le territoire de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine est composé des superficies des communes.»

[5] M. N. Shaw, *International Law*, 1986, p. 127.

The administrative nature of the boundaries of the federal units in SFRY was also recognized by the Arbitration Commission of the Conference on Yugoslavia whose opinions are used by the Applicant as its main argument. In Opinion No. 3, it described the boundaries between the Yugoslav federal units as "demarcation lines"[6].

In the light of international law, the terms "frontier" or "State border lines" are reserved for States with international personality. More particularly, whereas the SFRY was a State in terms of public international law and of the United Nations Charter, the republics were the component parts of Yugoslavia and, in the context of the legal nature of a federation, they were the component parts of a single State *in foro externo* and of a composite State *in foro interno* since the federation is distinguished by the parallel existence of a federal and a republican government organization in a manner and on a scale established under the Constitution and the law.

9. From the standpoint of time, the question is posed differently — were the administrative-territorial boundaries of Bosnia and Herzegovina transformed into borders in the sense of international law, *tractu temporis*, from the moment the "sovereignty and independence" of Bosnia and Herzegovina was proclaimed?

The possibility of such a transformation exists in principle. "Non-borders" can become "borders" in the same way in which "borders" are constituted, that is by agreement or, exceptionally, on the basis of the principle of effectiveness.

Examples of such a transformation are the cases of the Soviet Republics and the Czech Republic and Slovakia. In the Yugoslav case, such a transformation implied two things: first, that a decision on the dissolution of SFRY or a state-legal restructuring had been taken by the highest organ of authority through an appropriate procedure and, second, that in either case, the establishment of Bosnia and Herzegovina as an independent State had been envisaged. The relevant facts imposed such a solution. First, Bosnia and Herzegovina was not an authentic constituent of the Yugoslav State. Such a status was enjoyed, among others, by the peoples of Bosnia and Herzegovina (paras. 48-60 below). Further, being a derivative entity of the constitutional law of Yugoslavia without the right to secession, Bosnia and Herzegovina's existence depended on the existence of Yugoslavia. *Consequently, even under the hypothesis that the dissolution of SFRY had taken place, this would not in itself signify the transformation of Bosnia and Herzegovina into an independent State within its administrative boundaries. Legally, the hypothetical dissolution would necessarily have had to result in the political and legal reconstruc-*

[6] The Conference for Peace in Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion No. 3, para. 2 (3).

La nature administrative des limites des entités fédérales en République fédérative socialiste de Yougoslavie a aussi été reconnue par la commission d'arbitrage de la conférence sur la Yougoslavie dont les avis sont utilisés par le demandeur comme argument principal. Dans son avis n° 3, la commission a qualifié les frontières entre les entités fédérales yougoslaves de «lignes de délimitation»[6].

En droit international, les termes «frontières» ou «frontières étatiques» sont réservés aux Etats dotés de la personnalité internationale. En l'espèce, si la République fédérative socialiste de Yougoslavie était un Etat au regard du droit international public et de la Charte des Nations Unies, ses républiques en étaient les éléments constitutifs et, compte tenu de la nature juridique d'une fédération, ils étaient les éléments constitutifs d'un seul Etat *in foro externo*, et d'un Etat composite *in foro interno* puisqu'une fédération se distingue par l'existence parallèle d'une organisation gouvernementale fédérale et d'une organisation gouvernementale des républiques de la manière et dans la mesure établies par la constitution et par la loi.

9. Du point de vue chronologique, la question se pose différemment: les limites administratives territoriales de la Bosnie-Herzégovine ont-elles été transformées en frontières au sens du droit international, *tractu temporis*, à partir du moment où «la souveraineté et l'indépendance» de la Bosnie-Herzégovine ont été proclamées?

Une telle transformation est en principe possible. Des «non-frontières» peuvent devenir des «frontières» de la même manière dont les «frontières» sont définies, c'est-à-dire par accord ou, exceptionnellement, sur la base du principe de l'effectivité.

Les républiques soviétiques et la République tchèque et la Slovaquie fournissent des exemples d'une telle transformation. Dans le cas de la Yougoslavie, une telle transformation impliquait deux choses: premièrement, qu'une décision sur la dissolution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie ait été prise ou une restructuration étatico-juridique effectuée par l'organe investi de l'autorité suprême dans le cadre d'une procédure appropriée et, deuxièmement, que, dans un cas comme dans l'autre, l'établissement de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat indépendant ait été envisagé. Les faits pertinents imposaient une telle solution. Premièrement, la Bosnie-Herzégovine n'était pas un élément constitutif authentique de l'Etat yougoslave. Un tel statut était celui, notamment, des peuples de Bosnie-Herzégovine (voir ci-après par. 48-60). En outre, la Bosnie-Herzégovine étant une entité dérivée du droit constitutionnel de la Yougoslavie sans droit de sécession, son existence dépendait de celle de la Yougoslavie. *En conséquence, même dans l'hypothèse où la dissolution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie était effective, cela ne signifierait pas en soi la transformation de la Bosnie-Herzégovine en un*

[6] Conférence pour la paix en Yougoslavie, commission d'arbitrage, avis n° 3, par. 2, al. 3.

tion of the space of Bosnia and Herzegovina on the basis of the norm on equal rights and self-determination of peoples.

Bosnia and Herzegovina did not accept the "Concept for the future organization of the State", proposed by a working group comprising representatives of all the Republics, as a basis for further talks involving the republican presidents and the State Presidency, which, *inter alia*, included a "Proposed Procedure for dissociation from Yugoslavia" on the basis of the self-determination of peoples. This part of the "Concept" which was drawn up to deal with the constitutional crisis in SFRY in a peaceful and democratic manner, respecting the relevant norms of international law and the internal law of SFRY, envisaged a corresponding solution for the borders as well. On the basis of the draft amendment to the SFRY Constitution, the "Concept" stipulated the obligation of the Federal Government to "*c.* prepare proposals for the territorial demarcation and the frontiers of the future states and other issues of importance for formulating the enactment on withdrawal"[7].

What remains therefore, is the principle of effectiveness as a possible basis for the transformation of the administrative-territorial boundaries of the federal unit of Bosnia and Herzegovina into international borders. As this principle implies the effective, actual exercise of sovereign authority, and considering the scope of that authority of the central government in Sarajevo (see para. 18 below), it is beyond doubt that the mentioned transformation of boundaries on the basis of the principle of effectiveness did not occur.

10. The Arbitration Commission of the Conference on Yugoslavia whose opinion Bosnia and Herzegovina uses as argument, states with respect to the relevant question:

> "[e]xcept where otherwise agreed, the former boundaries become borders protected by international law. This conclusion follows from the principle of respect for the territorial status quo and, in particular, from the principle of *uti possidetis* . . . [which] though initially applied in settling decolonization issues in America and Africa, is today recognized as a general principle, as stated by the International Court of Justice in its Judgment of 22 December 1986 in the case between Burkina Faso and Mali (*Frontier Dispute*, (1986) *I.C.J. Reports* 554 at 565):
>
> 'Nevertheless the principle is not a special rule which pertains

[7] *Focus*, Special Issue, January 1992, p. 33.

Etat indépendant à l'intérieur de ses limites administratives. Juridiquement, cette dissolution hypothétique aurait dû nécessairement déboucher sur un réaménagement politique et juridique de l'espace de la Bosnie-Herzégovine sur la base de la norme de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples.

La Bosnie-Herzégovine n'a pas accepté le «projet pour l'organisation future de l'Etat» proposé par un groupe de travail comprenant des représentants de toutes les républiques comme base de nouveaux pourparlers auxquels auraient participé les présidents des républiques et la présidence de l'Etat et qui, entre autres, comprenait une «procédure proposée pour la dissociation de la Yougoslavie» sur la base de l'autodétermination des peuples. Cette partie du «projet», lequel a été élaboré pour faire face à la crise constitutionnelle que connaissait la République fédérative socialiste de Yougoslavie de manière pacifique et démocratique et dans le respect des normes pertinentes du droit international et le droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, envisageait une solution correspondante pour les frontières. Sur la base d'un amendement de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, le «projet» énonçait l'obligation du gouvernement fédéral de «*c)* préparer des propositions concernant la délimitation territoriale et les frontières des futurs Etats et autres questions d'importance pour la formulation de la loi sur le retrait»[7].

Reste le principe de l'effectivité comme base possible de la transformation des limites administratives territoriales de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine en frontières internationales. Comme ce principe implique l'exercice réel et effectif de l'autorité souveraine, et compte tenu de la portée de l'autorité souveraine du gouvernement central à Sarajevo (voir ci-après par. 18), il n'est pas douteux que cette transformation en frontières sur la base du principe de l'effectivité ne s'est pas produite.

10. La commission d'arbitrage de la conférence sur la Yougoslavie, dont la Bosnie-Herzégovine cite l'avis à l'appui de ses prétentions, déclare à cet égard:

> «A défaut d'un accord contraire, les limites antérieures acquièrent le caractère de frontières protégées par le droit international. Telle est la conclusion à laquelle conduit le principe du respect du *statu quo* territorial et particulièrement celui de l'*uti possidetis* ... [qui], bien qu'initialement reconnu dans le règlement des problèmes de décolonisation en Amérique et en Afrique, constitue aujourd'hui un principe présentant un caractère général, comme l'a déclaré la Cour internationale de Justice dans son arrêt du 22 décembre 1986 dans l'affaire entre le Burkina Faso et la République du Mali (*Différend frontalier, C.I.J. Recueil 1986*, p. 565, par. 20):
>
> «Ce principe ne revêt pas pour autant le caractère d'une règle

[7] *Focus*, numéro spécial, janvier 1992, p. 33.

> solely to one specific system of international law. It is a general principle, which is logically connected with the phenomenon of the obtaining of independence, wherever it occurs. Its obvious purpose is to prevent the independence and stability of the new States being endangered by fratricidal struggles.'"[8]

Such reasoning is not legally tenable.

First, the phrase "territorial status quo" in this specific case is a *contraditio in adiecto*. It does have a logical and legal sense in the international order, in the mutual relations between States as persons in international law. The territorial status quo in the United Nations system is a terminological substitute for the principle of respecting a State's territorial integrity, and strictly speaking, it refers to States in the sense of international law and not to the integral parts of a federation. *In foro interno*, the "territorial status quo" is of qualified significance for a State's own territorial organization as a matter which falls within the domain of strictly internal jurisdiction *(domaine réservé)*. So, since the creation of Yugoslavia in 1918, the internal administrative territorial boundaries have been drawn three times: first in 1918 within the Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes with a division of the country into 32 regions; next in 1929, in the Kingdom of Yugoslavia, with the organization of nine *Banovinas* as administrative units; and then in the period between 1943 and the early post-war years during the formation of Federal Yugoslavia and its six republics. *Consequently, the expression "territorial status quo" in municipal law can only be considered as a kind of legal metaphor for a rule of national law which would prohibit changing administrative boundaries.*

Second, reference to the Judgment of the International Court of Justice in the *Frontier Dispute* case cannot have effect in this concrete case not only because the relevant part of the Judgment is not cited *in extenso*[9], but also because the meaning of the Judgment as a whole differs significantly.

Outside the colonial context to which the reasoning of the Court applies in the *Frontier Dispute* case, the principle of *uti possidetis* in positive international law can only have the meaning which corresponds to the original meaning of that principle as expressed in the formula *"uti possidetis, ita posideatur"*, i.e., the meaning of the principle of effectiveness.

11. With regard to the qualification of the borders of Bosnia and Herzegovina, it is interesting to examine the "Framework Agreement for the Federation" concluded on 2 March 1994 in Washington. Chapter I (Establishment) of the "Framework Agreement for the Federation" stipulates, *inter alia*, that:

---

[8] The Conference for Peace in Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion No. 3, para. 2 (4).

[9] The part of the Judgment which the Commission has cited ends with the words: *"provoked by the challenging of frontiers following the withdrawal of the administering power"* (para. 20; emphasis added). See paragraphs 19, 20, 23 of the *Frontier Dispute* Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, pp. 564-565, 566.

particulière, inhérente à un système déterminé de droit international. Il constitue un principe général, logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance, où qu'il se manifeste. Son but évident est d'éviter que l'indépendance et la stabilité des nouveaux Etats ne soient mises en danger par des luttes fratricides.»[8]

Un tel raisonnement ne tient pas juridiquement.

Premièrement, l'expression «*statu quo* territorial» est en l'espèce une *contradictio in adiecto*. Elle a bien un sens logique et juridique dans l'ordre international, dans les relations mutuelles entre les Etats en tant que sujets du droit international. Le *statu quo* territorial est, aux Nations Unies, un substitut terminologique pour le principe du respect de l'intégrité territoriale de l'Etat et, à strictement parler, il vise les Etats au sens du droit international et non les entités composant une fédération. *In foro interno*, le «*statu quo* territorial» a une importance limitée pour la propre organisation territoriale de l'Etat et est une question qui relève strictement de la compétence interne (domaine réservé). Ainsi, depuis la création de la Yougoslavie en 1918, les limites territoriales et administratives internes ont été tracées trois fois: d'abord en 1918 dans le cadre du Royaume des Serbes, des Croates et des Slovènes, le pays étant divisé en trente-deux régions; ensuite en 1929, dans le cadre du Royaume de Yougoslavie, avec l'organisation de neuf unités administratives, les *banovinas*, et, enfin, avant 1943 et durant les premières années de l'après-guerre, dans le cadre de la formation de la Yougoslavie fédérale et de ses six républiques. *En conséquence, l'expression* «statu quo *territorial*» *en droit interne ne peut être considérée que comme une espèce de métaphore juridique exprimant une règle de droit national qui interdirait de les modifier.*

Deuxièmement, la référence à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend frontalier* ne peut être pertinente en l'espèce non seulement parce que la citation est tronquée[9], mais aussi parce que la signification de cet arrêt dans son ensemble est sensiblement différente.

Hors du contexte colonial auquel s'applique le raisonnement de la Cour dans l'affaire du *Différend frontalier*, le principe de l'*uti possidetis* ne peut avoir en droit international positif que son sens premier tel qu'il est exprimé par l'adage «*uti possidetis, ita posedeatur*», c'est-à-dire le sens du principe de l'effectivité.

11. En ce qui concerne la qualification des frontières de la Bosnie-Herzégovine, il est intéressant d'examiner l'«accord-cadre concernant la fédération» conclu le 2 mars 1994 à Washington. Le chapitre I («Création») de cet accord dispose notamment:

[8] Conférence pour la paix en Yougoslavie, commission d'arbitrage, avis n° 3, par. 2, al. 4.

[9] La partie de l'arrêt que la commission a citée se termine par les mots: «*nées de la contestation des frontières à la suite du retrait de la puissance administrante*» (par. 20; les italiques sont de moi); voir les paragraphes 19, 20 et 23 de l'arrêt dans l'affaire du *Différend frontalier, C.I.J. Recueil 1986*, pp. 564-565, 566.

> "Bosniacs and Croats, as constituent peoples (along with others) and citizens of the Republic of Bosnia and Herzegovina, in the exercise of their sovereign rights, transform the internal structure of the territories with a majority of Bosniac and Croat population in the Republic of Bosnia and Herzegovina into a Federation, which is composed of federal units with equal rights and responsibilities."

Though the "Framework Agreement" makes no mention of frontiers, there is no doubt that its contents, in the context of relevant norms of international law, has definite implications with respect to the borders of Bosnia and Herzegovina.

The "Framework Agreement" represents a tacit renunciation of the concept of a unified Bosnia and Herzegovina and thereby of the administrative boundaries of Bosnia and Herzegovina as international frontiers. In particular, it is clear that by this Agreement, the political representatives of the Croat and Muslim peoples in Bosnia and Herzegovina agreed to constitute a federal State which would have confederal links with Croatia. The Constitution of the Federation was undoubtedly derived from the norm of equal rights and self-determination of the Muslim and Croat peoples in Bosnia and Herzegovina even though this norm is not explicitly mentioned in the Agreement. Such a conclusion is warranted by the qualification that the Federation was constituted on the basis of "the exercise of sovereign rights . . . [of] Bosniacs and Croats as constituent peoples". True, the Agreement proceeds from the "sovereignty and territorial integrity of the Republic of Bosnia and Herzegovina" but this syntagm in the context of the relevant facts has more of a declarative than a material significance. The "Framework Agreement" defines the territory of Bosnia and Herzegovina as "territories with a majority of Bosniac and Croat populations in the Republic of Bosnia and Herzegovina". In relation to the parts of Bosnia and Herzegovina inhabited by a majority Serb population, the "Framework Agreement" says:

> "[t]he decisions on the constitutional status of the territories of the Republic of Bosnia and Herzegovina with a majority of Serbian population shall be made in the course of negotiations toward a peaceful settlement and at the International Conference on the Former Yugoslavia".

It is therefore beyond question that:

(a) the "Framework Agreement" envisages the constitution of a Muslim-Croat Federation on the territory of Bosnia and Herzegovina;

(b) those territories of Bosnia and Herzegovina that are inhabited by a majority Serb people are left out of the territories of the Federation;

(c) representatives of the Muslim-Croat Federation are acting and are accepted in international affairs, including international organizations, as representatives of an autonomous, independent State;

> «Les Bosniaques et les Croates, en tant que peuples constitutifs (aux côtés d'autres citoyens) et citoyens de la République de Bosnie-Herzégovine, agissant dans l'exercice de leurs droits souverains, transforment en fédération la structure interne des territoires de la République de Bosnie-Herzégovine dont la population est en majorité bosniaque ou croate, cette fédération étant composée d'entités fédérales ayant des droits et des responsabilités égaux.»

Bien que l'«accord-cadre» ne mentionne pas les frontières, il n'est pas douteux que son contenu, eu égard aux normes pertinentes du droit international, a des incidences précises en ce qui concerne les frontières de la Bosnie-Herzégovine.

L'«accord-cadre» équivaut à une renonciation tacite à l'idée d'une Bosnie-Herzégovine unifiée et donc à l'idée de faire des limites administratives de la Bosnie-Herzégovine des frontières internationales. Il est en particulier clair que, par cet accord, les représentants politiques des peuples croate et musulman de Bosnie-Herzégovine sont convenus de constituer un Etat fédéral qui aurait des liens confédéraux avec la Croatie. La constitution de la fédération découle sans aucun doute du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples musulman et croate en Bosnie-Herzégovine même si cette norme n'est pas expressément mentionnée dans l'accord. L'affirmation selon laquelle la fédération était constituée sur la base de «l'exercice des droits souverains ... [des] Bosniaques et des Croates en tant que peuples constitutifs» justifie une telle conclusion. Certes, l'accord procède de «la souveraineté et [de] l'intégrité territoriale de la République de Bosnie-Herzégovine» mais ce syntagme, dans le contexte des faits pertinents, a une importance plus déclarative que matérielle. L'«accord-cadre» définit le territoire de la Bosnie-Herzégovine comme les «territoires de la République de Bosnie-Herzégovine dont la population est en majorité bosniaque ou croate». En ce qui concerne les territoires de la Bosnie-Herzégovine dont la population est en majorité serbe, l'«accord-cadre» dispose:

> «Les décisions concernant le statut constitutionnel des territoires de la République de Bosnie-Herzégovine dont la population est en majorité serbe seront prises au cours des négociations en vue d'un règlement pacifique et à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie.»

Il est donc hors de doute que:

a) l'«accord-cadre» envisage la constitution d'une fédération croato-musulmane sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine;

b) les territoires de la Bosnie-Herzégovine dont la population est en majorité serbe ne font pas partie des territoires de la fédération;

c) les représentants de la fédération croato-musulmane agissent et sont acceptés sur la scène internationale, y compris au sein des organisations internationales, en tant que représentants d'un Etat autonome et indépendant;

(d) the "Framework Agreement" links the decision on the status of "territories of Bosnia and Herzegovina with a majority Serb population" to the "course of negotiations toward a peaceful settlement and at the International Conference on the Former Yugoslavia". In view of the rules of general international law on the decision-making procedure which, it goes without saying, apply also to the International Conference on the Former Yugoslavia, the conclusion that imposes itself is that the material-legal meaning of the "Framework Agreement" with respect to the borders of Bosnia and Herzegovina is that the Federation, constituted as a result of the will of two out of the three constituent peoples of Bosnia and Herzegovina, renounced the administrative borders of Bosnia and Herzegovina as State borders of the Federation leaving open the possibility of those borders being changed on the basis of decisions taken "in the course of negotiations toward a peaceful settlement and at the International Conference on the Former Yugoslavia".

12. It was the Dayton Agreement which transformed the administrative Boundaries of Bosnia and Herzegovina into international borders. Article 10 of the Agreement stipulates that "[t]he Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Bosnia and Herzegovina recognize each other as sovereign independent States within their international borders".

13. Regardless of theoretical definitions of sovereignty and the distinctions based on them regarding its manifestations, it is evident that the sovereignty of States implies:

(i) *suprema potestas* — "by which is meant that the State has over it no other authority than that of international law"[10]. The equals-mark that is being placed between *suprema potestas* and independence[11] is indicative of a substantial fact — that the entity purporting to be a State in the sense of international public law takes vital political decisions autonomously and independently of third States. A State in the international legal sense cannot and must not comply with alien political decisions regardless of whether such compliance has a formal or informal basis. Therein lies the meaning of the qualification according to which "the first condition for statehood is that there must exist a government actually independent of any other State"[12].

(ii) *summa potestas* — in the sense of the exercise of real, factual authority on the territory of the State. The intention to establish genuine authority is no more than a political project, an intellectual construction that has not materialized. That intention has to be realized and this implies, *inter alia*, the existence of an institutional network suit-

[10] *Customs Régime between Germany and Austria, Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 41*, separate opinion of Judge Anzilotti, p. 57.
[11] *Island of Las Palmas* case, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. II, p. 838.
[12] H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 1949, p. 26.

d) l'«accord-cadre» lie la décision sur le statut des «territoires de la République de Bosnie-Herzégovine dont la population est en majorité serbe» aux «négociations en vue d'un règlement pacifique et à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie». Etant donné les règles du droit international général sur les procédures de prise des décisions qui, cela va sans dire, s'appliquent aussi à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, la conclusion qui s'impose est que la signification matérielle et juridique de l'«accord-cadre» en ce qui concerne les frontières de la Bosnie-Herzégovine est que la fédération, constituée par la volonté de deux des trois peuples constitutifs de la Bosnie-Herzégovine, a renoncé à ce que les limites administratives de la Bosnie-Herzégovine soient des frontières étatiques de la fédération en laissant ouverte la possibilité que ces frontières soient modifiées sur la base de décisions prises «au cours des négociations en vue d'un règlement pacifique et à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie».

12. Ce sont les accords de Dayton qui ont transformé les limites administratives de la Bosnie-Herzégovine en frontières internationales. L'article 10 dispose que «[l]a République fédérative de Yougoslavie et la République de Bosnie-Herzégovine se reconnaissent l'une l'autre comme Etats indépendants souverains à l'intérieur de leurs frontières internationales».

13. Quelles que soient les définitions théoriques de la souveraineté et les distinctions en découlant concernant ses manifestations, il est évident que la souveraineté des Etats impliquent:

i) *Suprema potestas* — «l'on entend par cela que l'Etat n'a au-dessus de soi aucune autre autorité, si ce n'est celle du droit international»[10]. Le signe «égal» que l'on place entre *suprema potestas* et indépendance[11] dénote un fait important: que l'entité qui prétend à la qualité d'Etat au sens du droit international public prend des décisions politiques vitales de manière autonome et indépendamment des Etats tiers. Un Etat au sens du droit international ne peut pas et ne doit pas se conformer à des décisions politiques étrangères, qu'il le fasse sur une base formelle ou informelle. Tel est le sens de la réserve selon laquelle «la première condition de la qualité d'Etat est qu'il doit y avoir un gouvernement effectivement indépendant de tout autre Etat»[12].

ii) *Summa potestas* — au sens de l'exercice d'une autorité réelle et effective sur le territoire de l'Etat. L'intention d'établir une véritable autorité n'est rien de plus qu'un projet politique, une construction intellectuelle qui ne s'est pas matérialisée. Cette intention doit être réalisée et cela implique, entre autres, l'existence d'un réseau institutionnel

[10] *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, avis consultatif, 1931, C.P.J.I. série A/B n° 41*, opinion individuelle de M. Anzilotti, p. 57.
[11] Affaire de l'*Ile de Palmas*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 838.
[12] H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 1949, p. 26.

able for and capable of implementing its decisions throughout the State territory. Hence, *summa potestas* is a mere figure of speech "until a stable political organisation has been created, and until public authorities become strong enough to assert themselves throughout the territory of the State"[13].

These two segments of sovereignty constitute an organic whole. As for their mutual relationship, *summa potestas* has the character of a prior assumption as, for an entity to constitute an independent State, it is essential that it should have come into existence as a State — from the theoretical standpoint *suprema potestas* is the qualifying condition of existence of an independent State, the *differentia specifica* between independent and dependent States.

14. The question whether Bosnia and Herzegovina had *summa potestas* within the administrative boundaries of Bosnia and Herzegovina must be linked to a certain time frame. For the purpose of this specific question, two points in time are relevant:

(a) the moment of the proclamation of a "sovereign and independent Bosnia"; and,

(b) the moment at which proceedings were brought against the Federal Republic of Yugoslavia before the International Court of Justice.

Did the Applicant at these relevant points in time have a "stable political organization" within the administrative boundaries of Bosnia and Herzegovina on the one hand and were its "public authorities strong enough to assert themselves throughout the territory" of Bosnia and Herzegovina on the other?

15. According to the assertions of the Applicant, Bosnia and Herzegovina was proclaimed a "sovereign and independent Bosnia" on 6 March 1992 when the results of the referendum held on 29 February and 1 March 1992 were officially promulgated. *It is beyond dispute that, at that point in time, the Applicant did not have a "stable political organization" throughout the territory of Bosnia and Herzegovina nor were its "public authorities strong enough to assert themselves throughout the territory" of Bosnia and Herzegovina. More particularly, prior to the proclamation of "sovereign and independent Bosnia" within the administrative boundaries of Bosnia and Herzegovina* two *de facto* States — *the Republic of Srpska and the Croatian Community of Herceg-Bosna — had been formed.*

The Croatian Community of Herceg-Bosna was founded on 9 November 1991 (and it was proclaimed an independent State community under the same name on 4 July 1992), whereas the Republic of the Serb people of Bosnia and Herzegovina was formed by a Declaration of the Assembly

[13] Legal Aspects of the Aaland Island Question, Report of the International Committee of Jurists, *Official Journal of the League of Nations*, Special Supp. No. 3, p. 3 (1920).

propre et apte à appliquer ses décisions sur toute l'étendue du territoire de l'Etat. Ainsi, la *summa potestas* n'est qu'une figure de style «avant qu'une organisation politique stable ait été créée et que les autorités publiques ne soient devenues assez fortes pour affirmer leur autorité sur le territoire du pays»[13].

Ces deux éléments de la souveraineté constituent un tout organique. Pour ce qui est de leurs relations mutuelles, la *summa potestas* a un caractère d'antériorité car, pour qu'une entité constitue un Etat indépendant, il est essentiel qu'elle soit née en qualité d'Etat — du point de vue théorique la *suprema potestas* est la condition de l'existence d'un Etat indépendant, la *differentia specifica* entre Etats indépendants et Etats dépendants.

14. La question de savoir si la Bosnie-Herzégovine jouissait de la *summa potestas* à l'intérieur des limites administratives de la Bosnie-Herzégovine doit être circonscrite dans un cadre temporel défini. Aux fins de cette question précise, deux dates sont pertinentes:

a) la date de la proclamation d'une «Bosnie souveraine et indépendante»;
b) la date où une instance a été introduite contre la République fédérative de Yougoslavie devant la Cour internationale de Justice.

Est-ce que, à ces dates, le requérant avait une «organisation politique stable» à l'intérieur des limites administratives de la Bosnie-Herzégovine, d'une part, et est-ce que ses «autorités publiques [étaient] assez fortes pour affirmer leur autorité sur l'ensemble du territoire» de la Bosnie-Herzégovine, de l'autre?

15. Selon les affirmations du demandeur, la Bosnie-Herzégovine a été proclamée «Bosnie souveraine et indépendante» le 6 mars 1992 lorsque les résultats du référendum organisé les 29 février et 1er mars 1992 ont été officiellement annoncés. *Il n'est pas contesté qu'à cette date le demandeur n'avait pas une «organisation politique stable» sur l'ensemble du territoire de la Bosnie-Herzégovine et que ses «autorités publiques [n'étaient pas] assez fortes pour affirmer leur autorité sur l'ensemble du territoire» de la Bosnie-Herzégovine. Plus particulièrement, avant la proclamation d'une «Bosnie souveraine et indépendante» à l'intérieur des limites administratives de la Bosnie-Herzégovine, deux Etats* de facto *— la Republika Srpska et la Communauté croate d'Herceg-Bosna — avaient été constitués.*

La Communauté croate d'Herceg-Bosna a été fondée le 9 novembre 1991 (elle a été proclamée communauté étatique indépendante sous le même nom le 4 juillet 1992), tandis que la République serbe de Bosnie-Herzégovine a été formée par une déclaration de l'assemblée du peuple

[13] Aspects juridiques de la question des îles d'Åland, rapport de la commission internationale de juristes, *Journal officiel de la Société des Nations, supplément spécial n° 3*, 1920, p. 9.

of the Serb people issued in January 1992 (it changed its name to the Republic of Srpska on 7 April of the same year[14]).

The common denominator of both units is that they represent the institutionalization of authority in regions in which, in the main, the parties of the Serb and Croatian peoples of Bosnia and Herzegovina won a majority at the first multi-party elections held on 18 and 19 November 1990[15] and under the direct influence of the substantive differences that had emerged among the national parties of the three constituent peoples with respect to the future status of the federal unit of Bosnia and Herzegovina. Those differences appeared in a clear and unambiguous form already at the time of the outbreak of the constitutional crisis in SFRY with the proclamation of the "sovereignty and independence" of the federal units of Slovenia and Croatia, and culminated when the "Platform on the Status of Bosnia and Herzegovina and the Future Set-Up of the Yugoslav Community" was adopted by the then rump Assembly of Bosnia and Herzegovina on 14 October 1991.

The "Platform on the Status of Bosnia and Herzegovina" *inter alia* qualified Bosnia and Herzegovina as a "democratic sovereign State" which would advocate the adoption of a "Convention on the mutual recognition of the sovereignty, inviolability and unchangeability of the borders of the present-day republics"[16].

The practical effect of the "Platform on the Status" was the dissolution of the *state-legal body of the federal unit of Bosnia and Herzegovina*, hence the powers vested in its organs according to the federal Constitution and the Constitution of Bosnia and Herzegovina *via facti* were itself taken over by the three ethnic communities.

16. *(Republika Srpska.)* The Assembly of the Serb people of Bosnia and Herzegovina at its session held on 9 January 1992 adopted a "Declaration on the Proclamation of the Republic of the Serb People of Bosnia and Herzegovina" in the areas

> "of the Serb autonomous regions and areas and other ethnic Serb communities in Bosnia-Herzegovina, including the areas where the Serb people has remained a minority as a result of genocide against it during World War Two and further to the outcome of the plebiscite held on November 9 and 10, 1991 at which the Serb people voted to remain in the common State of Yugoslavia"[17].

---

[14] *Official Gazette of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina*, No. 42 of 19 December 1991.
[15] *Ibid.*
[16] *Ibid.*, No. 32 of 16 October 1991.
[17] *Official Gazette of the Serb People of Bosnia and Herzegovina*, No. 2/92.

serbe publiée en janvier 1992 (elle s'est rebaptisée Republika Srpska le 7 avril de la même année[14]).

Le dénominateur commun de ces deux entités est qu'elles représentent l'institutionnalisation d'une autorité dans des régions où, dans l'ensemble, les partis des peuples serbe et croate de Bosnie-Herzégovine ont remporté la majorité lors des premières élections multipartites tenues les 18 et 19 novembre 1990[15] et que leur existence découle directement des divergences de vues substantielles qui s'étaient fait jour entre les partis nationaux des trois peuples constitutifs en ce qui concerne le statut futur de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine. Ces divergences étaient déjà apparues clairement et sans ambiguïté au moment du déclenchement de la crise constitutionnelle en République fédérative socialiste de Yougoslavie avec la proclamation de la «souveraineté et [de] l'indépendance» des entités fédérales de Slovénie et de Croatie, et ont culminé lorsque «la plate-forme sur le statut de la Bosnie-Herzégovine et l'aménagement futur de la communauté yougoslave» a été adoptée par ce qui était alors l'assemblée croupion de Bosnie-Herzégovine le 14 octobre 1991.

La «plate-forme sur le statut de la Bosnie-Herzégovine» qualifiait notamment la Bosnie-Herzégovine d'«Etat démocratique souverain» qui préconiserait l'adoption d'une «convention sur la reconnaissance mutuelle de la souveraineté, de l'inviolabilité et de l'immutabilité des frontières des actuelles républiques»[16].

L'effet pratique de la «plate-forme» a été la dissolution de la structure juridico-étatique de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine, les pouvoirs dont ses organes étaient investis aux termes de la Constitution fédérale et de la Constitution de Bosnie-Herzégovine *via facti* étant donc eux-mêmes passés aux trois communautés ethniques.

16. *(Republika Srpska.)* L'assemblée du peuple serbe de Bosnie-Herzégovine, lors de la session qu'elle a tenue le 9 janvier 1992, a adopté une «déclaration sur la proclamation de la République serbe de Bosnie-Herzégovine» dans les

> «régions autonomes serbes et régions et autres communautés ethniques serbes de Bosnie-Herzégovine, y compris les régions où le peuple serbe est demeuré minoritaire en raison du génocide perpétré contre lui durant la seconde guerre mondiale, conformément aux résultats du plébiscite organisé les 9 et 10 novembre 1991 lors duquel la population serbe a voté pour demeurer dans l'Etat yougoslave commun»[17].

[14] *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 42, du 19 décembre 1991.
[15] *Ibid.*
[16] *Ibid.*, n° 32, du 16 octobre 1991.
[17] *Journal officiel du peuple serbe de Bosnie-Herzégovine*, n° 2/92.

The Declaration stipulated, *inter alia*, that:

> "[p]ending the election and constitution of new organs and institutions to be established under the Constitution of the Republic, the functions of the State organs in the Republic shall be discharged by the present Assembly of the Serb people in Bosnia-Herzegovina and by the Council of Ministers" (Art. VI);

and that

> "[t]he federal regulations, along with those of the former Bosnia-Herzegovina, except those found by the Serb People's Assembly to be contrary to the Federal Constitution, shall remain in force pending the promulgation of the Republic's Constitution, its laws and other regulations" (Art. VIII).

The Assembly of the Serb People in Bosnia and Herzegovina, at its session held on 29 February 1992, adopted the "Constitution of the Republic of Srpska" on the basis of the

> "inalienable and intransferable natural right of the Serb people to self-determination, self-organization and association, on the basis of which it may freely determine its political status and ensure economic, social and cultural development".

The formal acts were accompanied by the actual assumption of authority in the territories of the communes.

The armed forces of the Republic of Srpska was at first composed of territorial defence units in the communes and of other armed formations. The Army of the Republic of Srpska was formed on 13 May 1992[18].

The Army of the Republic of Srpska, from its formation, operated autonomously as the military force of the proclaimed State. Clear confirmation of this is to be found in the above-mentioned report of the Secretary-General:

> "The Bosnia and Herzegovina Presidency had initially been reluctant to engage in talks . . . with the leadership of the 'Serbian Republic of Bosnia and Herzegovina' and insisted upon direct talks with the Belgrade authorities instead. A senior Yugoslav Peoples' Army (JNA) representative from Belgrade, General Nedeljko Bosković, has conducted discussions with the Bosnia and Herzegovina Presidency, *but it has become clear that his word is not binding on the commander of the army of the 'Serb Republic of Bosnia and Herzegovina', General Mladić — it is also clear that the emergence of General Mladić and the forces under his command as independent actors*

[18] Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 4 of the Security Council resolution 752/1992, doc. S/24049, 30 May 1992, para. 2.

Cette déclaration stipulait notamment que:

> «en attendant l'élection et la constitution des nouveaux organes et institutions qui seront créés en vertu de la Constitution de la République, les fonctions des organes étatiques de la République seront exercées par l'actuelle assemblée du peuple serbe en Bosnie-Herzégovine et par le conseil des ministres» (art. VI);

et que

> «les règlements fédéraux, ainsi que ceux de l'ex-Bosnie-Herzégovine, à l'exception de ceux que l'assemblée du peuple serbe a jugé contraire à la Constitution fédérale, demeureront en vigueur en attendant la promulgation de la Constitution de la République, de ses lois et de ses règlements» (art. VIII).

L'assemblée du peuple serbe de Bosnie-Herzégovine, à sa session du 29 février 1992, a adopté la «Constitution de la Republika Srpska» sur la base du

> «droit naturel inaliénable et intransférable du peuple serbe à l'autodétermination, à l'auto-organisation et à l'association, sur la base duquel il peut librement déterminer son statut politique et assurer son développement économique, social et culturel».

Ces actes officiels s'accompagnèrent de l'exercice effectif de l'autorité sur les territoires des communes.

Les forces armées de la Republika Srpska étaient d'abord composées des unités de défense territoriale dans les communes et d'autres formations armées. L'armée de la Republika Srpska a été formée le 13 mai 1992[18].

L'armée de la Republika Srpska, dès sa constitution, a opéré de manière autonome en tant que force militaire de l'Etat proclamé. Cela est clairement confirmé dans le rapport susmentionné du Secrétaire général:

> «La présidence de la Bosnie-Herzégovine avait d'abord hésité à entamer des pourparlers ... avec les dirigeants de la «République serbe de Bosnie-Herzégovine» et avait exigé au contraire des pourparlers directs avec les autorités de Belgrade. Un représentant de haut rang de l'armée populaire yougoslave (APY), le général Nedeljko Bosković, a mené des discussions avec la présidence de la Bosnie-Herzégovine, *mais il est désormais évident que sa parole ne lie pas le commandant de l'armée de la «République serbe de Bosnie-Herzégovine», le général Mladić — il est clair également que l'apparition du général Mladić et des forces qu'il commande, lesquelles*

[18] Rapport présenté par le Secrétaire général conformément au paragraphe 4 de la résolution 752 (1992) du Conseil de sécurité, doc. S/24049, 30 mai 1992, par. 2.

> *beyond the control of JNA* greatly complicates the issues raised in paragraph 4 of the Security Council Resolution 752 (1992)."[19]

In addition, Republic Srpska had its own legislative, executive and judicial organs.

17. *(Croatian community of Herceg-Bosna.)* Herceg-Bosna, the State of the Croatian people in Bosnia and Herzegovina, was proclaimed on 4 July 1992. With the exception of certain territorial changes, this act only formalized the situation created in November 1991 when the Croatian Community of Herceg-Bosna was created. From the very beginning, this functioned *de facto* as a State.

Herceg-Bosna had its own armed force. The Decree on the armed forces of the Croatian Community of Herceg-Bosna stipulated that the armed forces constitute a unified whole comprising the "regular and reserve forces"[20]. Confirmation of the existence of the autonomous armed forces of Herceg-Bosna is to be found also in the "Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 4 of Security Council resolution 752 (1992)" (see para. 18 below). The Government in Sarajevo did not deny this fact either. A letter addressed by Hadzo Efendić as "Acting Prime Minister" to C. Vance and Lord Owen, the Co-Chairmen of the Conference on Former Yugoslavia on 29 April 1993, says *inter alia*:

> "With the purpose of realizing the agreement from item 5 of the Common Statement made by Messrs Alija Izetbegović and Mato Boban at the meeting held in Zagreb on April 24, 1993 . . . we would like to ask you to undertake activities aimed at establishing a separate, independent international commission for establishing the facts on violations of international humanitarian law and war crimes committed over the civilian population *during the renewed conflicts between the Army of the R B-H and HVO in Central Bosnia and some other parts of the Republic of Bosnia and Herzegovina.*"[21]

In addition to its armed forces, Herceg-Bosna had its own executive, legislative and judicial organs.

Supreme authority was vested in the Presidency, composed of representatives of the Croat people in Bosnia and Herzegovina, headed by the President of the Presidency. The Croatian representatives withdrew from the joint organs of the Applicant and moved to Mostar which was pro

[19] Doc. S/2409, 30 May 1992, paras. 8-9 (emphasis added).
[20] *Borba*, Belgrade, 6 July 1992.
[21] Letter dated 29 April 1993 from Acting Prime Minister Hadzo Efendić addressed to "Cyrus Vance, Lord David Owen, Co-chairmen of The Conference on Former Yugoslavia".

agissent de manière indépendante et échappent semble-t-il au contrôle de l'APY, complique beaucoup le problème soulevé au paragraphe 4 de la résolution 752 (1992).»[19]

En outre, la Republika Srpska avait ses propres organes législatifs, exécutifs et judiciaires.

17. *(Communauté croate d'Herceg-Bosna.)* L'Herceg-Bosna, l'Etat du peuple croate de Bosnie-Herzégovine, a été proclamé le 4 juillet 1992. A l'exception de certaines modifications territoriales, cette proclamation ne faisait qu'officialiser la situation créée en novembre 1991 lorsque la Communauté croate d'Herceg-Bosna a été créée. Dès le tout début, elle a *de facto* fonctionné comme un Etat.

L'Herceg-Bosna avait sa propre armée. Le décret sur les forces armées de la Communauté croate d'Herceg-Bosna disposait que les forces armées constituaient un corps unifié comprenant les «forces régulières et de réserve»[20]. On trouve confirmation de l'existence des forces armées autonomes d'Herceg-Bosna également dans le «rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 4 de la résolution 752 (1992) du Conseil de sécurité» (voir ci-après par. 18). Dans une lettre adressée le 29 avril 1993 à M. Cyrus Vance et à lord Owen, coprésidents de la conférence sur l'ex-Yougoslavie, M. Hadzo Efendić, en qualité de «premier ministre par intérim», déclare notamment:

> «En vue de réaliser l'accord visé au point 5 de la déclaration commune faite par MM. Alija Izetbegović et Mato Boban à la réunion tenue à Zagreb le 24 avril 1993 ... nous vous serions obligés d'entreprendre des démarches visant à la création d'une commission internationale indépendante et distincte chargée d'établir les faits en ce qui concerne les violations du droit humanitaire international et les crimes de guerre commis contre la population civile *au cours des conflits qui ont repris entre l'armée de la République de Bosnie-Herzégovine et les forces du conseil de défense croate (HVO) en Bosnie centrale et dans certaines autres parties de la République de Bosnie-Herzégovine.*»[21]

Outre ses forces armées, l'Herceg-Bosna avait ses propres organes exécutifs, législatifs et judiciaires.

C'est la présidence, composée de représentants du peuple croate de Bosnie-Herzégovine et dirigée par le président de la présidence, qui était investie de l'autorité suprême. Les représentants croates se retirèrent des organes communs du demandeur et se transportèrent à Mostar qui fut

[19] Doc. S/2409, 30 mai 1992, par. 8 et 9 (les italiques sont de moi).

[20] *Borba*, Belgrade, 6 juillet 1992.

[21] Lettre en date du 29 avril 1993, adressée à «M. Cyrus Vance et à lord David Owen, coprésidents de la conférence sur l'ex-Yougoslavie» par Hadzo Efendić, premier ministre par intérim.

claimed the capital of the State[22]. Herceg-Bosna appropriated all the *matériel* of JNA as well as all the property of the organs and bodies of the former federation. Public, State enterprises were formed in the sectors of agriculture, forestry and mining, the Post, Telegram and Telephone Service (PTT) and publishing[23].

It was determined that the Law on Regular Courts would be applied even under conditions of war, and military tribunals were set up in the zones of military operations, as autonomous departments of the main military tribunals.

18. In my opinion there can be no doubt that at the moment of the proclamation of "sovereign and independent Bosnia" the authorities in Sarajevo which had been recognized by the international community as the authorities of the whole of Bosnia and Herzegovina did not by a long way exercise *summa potestas* on the territories within the administrative demarcation lines of the federal unit of Bosnia and Herzegovina.

A "[s]table political organization of sovereign and independent Bosnia" simply did not exist at either of the relevant points in time. What is more, even *before the proclamation of Bosnia and Herzegovina as a "sovereign and independent" State, the unified administrative, judicial and legislative apparatus of the federal unit of Bosnia and Herzegovina had ceased to function. It follows from the relevant facts that the proclamation of the Republic of the Serb People and of the Croatian Community of Herceg-Bosna merely formalized the dissolution of the state apparatus of the federal unit of Bosnia and Herzegovina and its replacement by the appropriate structures of the three ethnic communities.* That process embraced both the civilian and military structures of authority. This is evidenced also in the Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 4 of Security Council resolution 752 (1992). In paragraphs 5 and 10 the Report refers to the existence of "the army of the so-called 'Serbian Republic of Bosnia and Herzegovina'", and the "territorial Defence of Bosnia and Herzegovina which is under the political control of the Presidency of that Republic" and "local [Croat] Territorial Defence". The "[s]table political organization of sovereign and independent Bosnia", was not created even after the proclamation of independence so that it is obvious that the organs of the Applicant were not "strong enough to assert themselves throughout the territory" of Bosnia and Herzegovina.

This obvious fact is confirmed also in the "Report on the situation of human rights in the territory of the former Yugoslavia submitted by Mr. T. Mazowiecki, Special Rapporteur of the Commission on Human

[22] Letter from the President of the Government of the Republic of Bosnia-Herzegovina to the Secretary-General of the United Nations, 13 May 1993.
[23] *Borba*, Belgrade, 6 July 1992.

proclamée capitale de l'Etat[22]. L'Herceg-Bosna s'appropria tout le matériel de l'APY ainsi que tous les biens des organes et organismes de l'ancienne fédération. Des entreprises publiques et d'Etat furent constituées dans les secteurs de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière, de la poste, des télégrammes et du téléphone (PTT) et de l'édition[23].

Il fut décidé que la loi sur les tribunaux de droit commun s'appliquerait même en situation de guerre, et des tribunaux militaires furent constitués dans les zones d'opérations militaires, en tant que sections autonomes des principaux tribunaux militaires.

18. A mon avis, il n'est pas douteux qu'au moment de la proclamation de la «Bosnie souveraine et indépendante» les autorités de Sarajevo qui avaient été reconnues par la communauté internationale comme les autorités de l'ensemble de la Bosnie-Herzégovine n'exerçaient pas, tant s'en faut, la *summa potestas* sur les territoires se trouvant à l'intérieur des lignes de délimitation administrative de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine.

Une «organisation politique stable de la Bosnie souveraine et indépendante» n'existait tout simplement pas à aucune des deux dates pertinentes. Qui plus est, même *avant la proclamation de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat «souverain et indépendant», l'appareil administratif, judiciaire et législatif uniforme de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine avait cessé de fonctionner. Il découle des faits pertinents que la proclamation de la République du peuple serbe et de la Communauté croate d'Herceg-Bosna n'ont fait qu'officialiser la dissolution de l'appareil d'Etat de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine et son remplacement par les structures correspondantes des trois communautés ethniques.* Ce processus a touché les structures d'autorité tant civiles que militaires. Cela est aussi attesté dans le rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 4 de la résolution 752 (1992) du Conseil de sécurité. Aux paragraphes 5 et 10 de ce rapport, le Secrétaire général évoque l'existence de l'armée de «la prétendue «République serbe de Bosnie-Herzégovine», et les «forces de défense territoriale de la Bosnie-Herzégovine, placées sous le contrôle politique de la présidence de cette République» et les «forces de défense territoriale locales [croates]». Aucune «organisation politique stable» n'a jamais vu le jour en «Bosnie-Herzégovine souveraine et indépendante», même après la proclamation de l'indépendance, et il est donc évident que les autorités du demandeur n'étaient pas «assez fortes pour affirmer leur autorité sur l'ensemble du territoire» de la Bosnie-Herzégovine.

Ce fait évident est confirmé également dans le «Rapport sur la situation des droits de l'homme sur le territoire de l'ex-Yougoslavie présenté par M. T. Mazowiecki, rapporteur spécial de la Commission des droits

[22] Lettre du président du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, 13 mai 1993.
[23] *Boba*, Belgrade, 6 juillet 1992.

Rights, pursuant to paragraph 14 of Commission Resolution 1992/S-1/1 of August 1992". The "Report" states, *inter alia*, that

> "[m]uch of the territory of Bosnia and Herzegovina is not under the control of the recognized Government. Most observers agree that the Serbian Republic of Bosnia and Herzegovina, an unrecognized government proclaimed *when* Bosnia and Herzegovina declared its independence from Yugoslavia against the wishes of the Serbian population, controls between 50 and 70 per cent of the territory . . . It ['Serbian Republic of Bosnia and Herzegovina'] is comprised of four 'autonomous regions', one of which, Banja Luka, was visited by the Special Rapporteur.
>
> According to the information received, the law applied within the 'Serbian Republic of Bosnia and Herzegovina' is the law of the Federal Republic of Yugoslavia, as modified by the local legislatures."[24]

All that needs to be added is that the "Serbian Republic of Bosnia and Herzegovina" was not proclaimed "when Bosnia and Herzegovina declared its independence" since the "Serbian Republic of Bosnia and Herzegovina" was proclaimed on 9 January 1992 while the rump Parliament of Bosnia and Herzegovina proclaimed the independence of Bosnia and Herzegovina on 6 March of the same year.

The "Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 4 of Security Council resolution 752 (1992)" states that:

> "International observers do not, however, doubt that portions of Bosnia and Herzegovina are under the control of Croatian military units, whether belonging to the local Territorial Defence, to paramilitary groups or to the Croatian Army."[25]

This in fact refers to the territories of the communes comprising the Croatian Community of Herceg-Bosna formed on 9 November 1991, that is before the proclamation *of "sovereign and independent Bosnia".*

The territory within which the organs of the Applicant exercised real, effective authority comprised in fact:

> "Three separate regions are under the control of the Government of Bosnia and Herzegovina, namely, part of the capital, Sarajevo; the region known as Bihac, adjacent to the border with Croatia in North-West Bosnia, and parts of central Bosnia and Herzegovina."[26]

---

[24] Doc. E/CN.4/1992/S-1/9, 9.18 (emphasis added).

[25] Doc. S/24049, p. 4, para. 10.

[26] Report on the human rights in the territory of the former Yugoslavia, submitted by Mr. T. Mazowiecki, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, pursuant to paragraph 14 of Commission Resolution 1992/S-1/1 of 14 August 1992, doc. E/CN.4/1992/S-1/9, p. 18.

de l'homme, en application du paragraphe 14 de la résolution 1992/S-1/1 de la Commission, en date d'août 1992». Aux termes de ce rapport:

> «Une grande partie du territoire de la Bosnie-Herzégovine n'est pas sous le contrôle du gouvernement reconnu. La plupart des observateurs conviennent que le Gouvernement de la «République serbe de Bosnie-Herzégovine», Etat non reconnu proclamé *lorsque* la Bosnie-Herzégovine a déclaré son indépendance de la Yougoslavie contre les vœux de la population serbe, contrôle cinquante à soixante-dix pour cent du territoire ... La «République serbe de Bosnie-Herzégovine» comprend quatre «régions autonomes», dont Banja Luka, où s'est rendu le rapporteur spécial. Selon les informations reçues, le droit applicable dans la «République serbe de Bosnie-Herzégovine» est le droit de la République fédérative de Yougoslavie, tel que modifié par le législateur local.»[24]

Tout ce qu'il reste à ajouter est que la «République serbe de Bosnie-Herzégovine» n'a pas été proclamée «lorsque la Bosnie-Herzégovine a déclaré son indépendance» puisque la «République serbe de Bosnie-Herzégovine» a été proclamée le 9 janvier 1992, alors que le parlement croupion de Bosnie-Herzégovine n'a proclamé l'indépendance de celle-ci que le 6 mars de la même année.

Le «Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 4 de la résolution 752 (1992) du Conseil de sécurité» indique:

> «Mais les observateurs internationaux sont convaincus que certaines parties de la Bosnie-Herzégovine sont contrôlées par des unités militaires croates, qu'elles appartiennent aux forces de défense territoriale locales, à des groupes paramilitaires ou à l'armée croate.»[25]

Cette indication vise en fait les territoires des communes constituant la Communauté croate d'Herceg-Bosna formée le 9 novembre 1991, c'est-à-dire avant la proclamation de «la Bosnie-Herzégovine souveraine et indépendante».

Le territoire à l'intérieur duquel les organes du demandeur exerçaient une autorité réelle et effective comprenaient en fait:

> «Trois régions distinctes sont sous le contrôle du Gouvernement de Bosnie-Herzégovine, à savoir une partie de la capitale, Sarajevo, la région connue sous le nom de Bihac, adjacente à la frontière avec la Croatie au nord-ouest de la Bosnie, et des parties du centre de la Bosnie-Herzégovine.»[26]

---

[24] Doc. E/CN.4/1992/S-1/9, 9.18 (les italiques sont de moi).

[25] Doc. S/24049, p. 4, par. 10.

[26] Rapport sur les droits de l'homme sur les territoires de l'ex-Yougoslavie présenté par M. T. Mazowiecki, rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, en application du paragraphe 14 de la résolution 1992/S-1/1 de la Commission, en date du 14 août 1992, doc. E/CN.4/1992/S-1/9, p. 18.

19. *The timing of the constitution of the Republic of Srpska and of Herceg-Bosna, on the one hand, and of the Applicant State, on the other, points to the conclusion that the constitution of the Republic of Srpska and of Herceg-Bosna cannot be qualified as armed rebellion against the central authority, as there simply was no central authority at the time, but only as the emergence of several States in the circumstance of the constitutional and State crisis of the Yugoslav federation.*

The assumed existence of a Muslim-Croat central authority in Bosnia and Herzegovina had no factual grounds from the very beginning of the crisis as convincingly evidenced by the war that broke out between Croat and Muslim forces in 1993. In a letter addressed to the Chairman of the European Affairs Subcommittee of the Senate Foreign Affairs Committee of the United States of America, on 24 February 1993, the Prime Minister of Bosnia and Herzegovina, the Croatian representative in the joint Croat-Muslim Government, M. Akmadžić, described Mr. Izetbegović and Mr. Silajdzić "only as one Muslim member of the Presidency" (see para. 37 below). Indicative of the situation in the joint Croat-Muslim Government in Bosnia and Herzegovina is the letter of the Prime Minister addressed to the Secretary-General of the United Nations on 7 May 1993 which says, *inter alia*:

> *"On 7 May 1993 I was informed by public media that Mr. Hadzo Efendić sent Your Excellency a letter in the capacity of Acting Prime Minister.*
>
> Therefore, I would like to inform Your Excellency that *Mr. Hadzo Efendić was not elected as a member of the Government*, nor as Vice-President of the Government and especially was not elected as Acting President of the Government of the Republic of Bosnia-Herzegovina. Mr. Hadzo Efendić was not elected based upon my proposal. This is the only legal course of election that is in accordance with the valid acts and regulations of the Republic of Bosnia-Herzegovina.
>
> I am informing Your Excellency that *no individual can sign documents of the Government of the Republic of Bosnia-Herzegovina in the capacity of the President of the Government other than myself.* As a result of this, *I request Your Excellency not to consider any document of the President of the Government of the Republic of Bosnia-Herzegovina as valid unless it is signed by myself.*
>
> My office is temporarily in Mostar where I am performing my duties as President of the Government of the Republic of Bosnia-Herzegovina."[27]

Therefore, in the territory of Bosnia and Herzegovina in the relevant period the following institutions were functioning:

---

[27] Letter dated 7 May 1993 addressed to "United Nations Secretary-General, His Excellency Dr. Boutros-Boutros Ghali from Milo Akmadzić, President of the Government of the Republic of Bosnia-Herzegovina" (emphasis added).

19. *Etant donné le moment où ont été constitués la Republika Srpska et l'Herceg-Bosna, d'une part, et l'Etat demandeur, de l'autre, on est en droit de conclure que la constitution de la Republika Srpska et de l'Herceg-Bosna ne peut être qualifiée de rébellion armée contre l'autorité centrale, car il n'y avait tout simplement pas d'autorité centrale à l'époque; on peut simplement dire que plusieurs Etats ont vu le jour à l'occasion de la crise constitutionnelle et étatique que connaissait la Fédération yougoslave.*

L'hypothèse de l'existence d'une autorité centrale croato-musulmane en Bosnie-Herzégovine ne repose sur aucun fait depuis le tout début de la crise comme l'atteste de manière convaincante la guerre qui a éclaté entre les forces croates et musulmanes en 1993. Dans une lettre adressée au président de la sous-commission des affaires européennes de la commission des affaires étrangères du Sénat des Etats-Unis d'Amérique le 24 février 1993, le premier ministre de Bosnie-Herzégovine, le membre croate du gouvernement mixte croato-musulman, M. Akmadzić, a déclaré que M. Izetbegović, comme M. Silajdzić, était seulement «un membre musulman du gouvernement» (voir ci-après par. 37). La lettre que le premier ministre a adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le 7 mai 1993 est révélatrice de la situation au sein du gouvernement mixte croato-musulman en Bosnie-Herzégovine; elle indique notamment:

> «*Le 7 mai 1993, j'ai appris par la presse que M. Hadzo Efendić a adressé une lettre à Votre Excellence en qualité de premier ministre par intérim.*
>
> J'ai l'honneur d'informer Votre Excellence que *M. Hadzo Efendić n'a pas été élu membre du gouvernement*, ni vice-président du gouvernement, et en particulier qu'il n'a pas été élu président par intérim du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine. M. Hadzo Efendić n'a pas été élu sur ma proposition. Or ce mode d'élection est le seul qui soit légal, conforme à la législation et à la réglementation en vigueur en République de Bosnie-Herzégovine.
>
> Je précise à Votre Excellence que *nul autre que moi-même ne peut signer des documents du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine en qualité de président du gouvernement*. En conséquence, *je prie Votre Excellence de ne considérer aucun document du président du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine comme valable à moins qu'il ne soit revêtu de ma signature.*
>
> Mes bureaux se trouvent provisoirement à Mostar, où j'exerce mes fonctions de président du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine.»[27]

Ainsi, les institutions suivantes fonctionnaient sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine durant la période pertinente:

[27] Lettre datée du 7 mai 1993, adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, M. Boutros Boutros-Ghali, par M. Milo Akmadzić, président du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine (les italiques sont de moi).

(*a*) the State organs of the so-called central authorities (Croat-Muslim alliance), which formally collapsed with the outbreak of the armed conflict between the Muslims and the Croats and was transformed into Muslim authority. The latter then split up in September 1993 into the Government in Sarajevo and the authorities of the Autonomous Province of Western Bosnia;
(*b*) the State organs of the Republic of Srpska;
(*c*) the State organs of Herceg-Bosna; and
(*d*) as of March 1994, also the State organs of the newly formed Federation which, however, functioned only on paper.

20. Mr. Jadranko Prlić, Prime Minister of the Croatia Republic of Herceg-Bosna and Hercegovina, testified to the fact that the promotion of Croat-Muslim Federation in Bosnia and Herzegovina was a mere proclamation. In an interview given to the *Slobodna Dalmacija* daily newspaper of 18 December 1995, answering the question about the functions of the Minister of Defence in the Government of the Federation and the Republic, Mr. Prlić, who initialled the Dayton Treaties on behalf of the Croat-Muslim Federation, replied as follows:

> "it should be said that *all the time two states and two armies were in existence*. But, there was a certain form of coordination and a result was achieved, primarily thanks to the support of the Croat army and Croat state" [28].

When asked until when Herceg-Bosna would function he replied as follows:

> "No deadline could be set. That will depend on the overall process. When all the rights of the Croat people are ensured and then the Federation becomes capable of taking over those functions that Herceg-Bosna has, then Herceg-Bosna will be reshaped, probably into a political community." [29]

The words of the Croat President Tudjman, one of the participants in the Dayton Conference, imply that revival of the Federation was one of the aims of the Conference. In the Report on the state of the Croatian State and Nations in 1995, Mr. Tudjman mentioned, *inter alia*, that:

> "The international proponents attach special significance to the Federation, within their concept of peace and new order in this area, as testified by the fact that *the Agreement on implementation of B-H Federation*, signed by the representatives of Croatian and Muslim-

[28] *Slobodna Dalmacija*, Split, 18 December 1995 (emphasis added).
[29] *Ibid.*

a) Les organes étatiques des prétendues autorités centrales (alliance croato-musulmane), qui se sont formellement dissoutes avec le déclenchement du conflit armé entre les Musulmans et les Croates et ont été transformées en une autorité musulmane. Cette dernière s'est ensuite divisée en septembre 1993 en gouvernement de Sarajevo et autorités de la province autonome de Bosnie occidentale;
b) les organes étatiques de la Republika Srpska;
c) les organes étatiques d'Herceg-Bosna;
d) et, à compter de mars 1994, également les organes étatiques de la fédération nouvellement constituée qui, toutefois, ne fonctionnaient que sur le papier.

20. M. Jadranko Prlić, premier ministre de la République croate d'Herceg-Bosna et d'Herzégovine, a témoigné que la création de la fédération croato-musulmane en Bosnie-Herzégovine était une simple proclamation. Dans une interview publiée dans le quotidien *Slobodna Dalmacija* le 18 décembre 1995, répondant à une question au sujet des fonctions de ministre de la défense du gouvernement de la fédération et de la République, M. Prlić, qui a paraphé les traités de Dayton au nom de la fédération croato-musulmane, a déclaré ce qui suit:

> «Il faut dire que *pendant toute la période deux Etats et deux armées existaient*. Mais il y avait une certaine forme de coordination et des résultats ont été obtenus, principalement grâce à l'appui de l'armée et de l'Etat croates.»[28]

Lorsqu'on lui a demandé jusqu'à quand l'Herceg-Bosna fonctionnerait, il a répondu ce qui suit:

> «Aucune date limite n'a pu être fixée. Cela dépendra de l'ensemble du processus. Quand tous les droits du peuple croate seront garantis et que la fédération sera alors capable d'assumer les fonctions qui sont celles de l'Herceg-Bosna, alors l'Herceg-Bosna sera restructurée, probablement en une communauté politique.»[29]

Ce qu'a dit le président croate, M. Tudjman, l'un des participants à la conférence de Dayton, implique que la revitalisation de la fédération était l'un des objectifs de la conférence. Dans le rapport sur la situation de l'Etat croate et des nations (1995), M. Tudjman a notamment déclaré ce qui suit:

> «Les protagonistes internationaux attachent une importance particulière à la fédération, dans le cadre de leur projet concernant la paix et le nouvel ordre dans cette région, comme l'atteste le fait que l'*accord sur la création de la fédération de Bosnie-Herzégovine*, signé

[28] *Slobodna Dalmacija*, Split, 18 décembre 1995 (les italiques sont de moi).
[29] *Ibid.*

> Boshniak people, was endorsed by representatives of USA, European Union and Germany."[30]

It seems that only the Dayton Agreement and the political will that gave birth to them, encouraged serious steps towards actual constitution of the Muslim-Croat Federation.

On 14 January 1996, a couple of months after the signing of the Dayton Agreement and almost two years after the proclamation of the Croat-Muslim Federation, the "Presidency of the Croatian Democratic Union for B-H" adopted a decision on the establishment of the Croatian community of Herceg-Bosna as a political, economic and cultural community of Croatian people in Bosnia and Herzegovina. *Within its option for a thorough implementation of the Dayton Agreement*, the Presidency of the Croat Democratic Community (HDZ) of Bosnia and Herzegovina also passed a resolution on the progressive transfer of the function of executive authority of the Croatian Republic of Herceg-Bosna to the authorities of the Federation of Bosnia and Herzegovina. Members of the HDZ Presidency of Bosnia and Herzegovina also called on *the Muslim counterpart in the Federation to start transferring the authority to the organs of the Federation*[31].

The Government of the Federation was established as late as 31 January 1996. President of the Federation Mr. K. Zubak, in his address to the Constitutional Assembly stressed, *inter alia*, that *"by transferring authority from the Republic to the Government of the Federation the functions of Herceg-Bosna will be transferred to the Federation"*[32].

As *Le Monde* reported:

> "The Croat separatists in Bosnia announced on Saturday 15 June that they were forming a new government for their 'independent State of Herzeg-Bosna'. In principle, all the institutions of this self-proclaimed State should have disappeared with the advent of the institutions of the Croat-Muslim Federation."[33]

Hence, the political project of promotion of Muslim-Croat Federation in Bosnia and Herzegovina, incorporated in the Washington Agreement of 1993, has not materialized. Muslim and Croat State entities continued to function after the agreement as *de facto* States, which from time to time kept entering into a sort of political and military co-ordination for the sake of pragmatic political aims. But that co-operation was, according to its inherent characteristics, a co-operation between State entities.

---

[30] *Ujedinjenje*, Zagreb, 2 January 1996 (emphasis added).
[31] *Vecernji List*, Zagreb, 15 January 1996.
[32] *Borba*, Belgrade, 1 February 1996 (emphasis added).
[33] *Le Monde*, Tuesday 18 June 1996/3. *[Translation by the Registry.]*

> par les représentants des peuples croate et bosniaque musulman, a été approuvé par les représentants des Etats-Unis d'Amérique, de l'Union européenne et de l'Allemagne.»[30]

Il semble que seuls les accords de Dayton et la volonté politique qui leur a donné naissance aient suscité la prise de mesures sérieuses en vue de la constitution effective de la fédération croato-musulmane.

Le 14 janvier 1996, deux mois après la signature des accords de Dayton et presque deux ans après la proclamation de la fédération croato-musulmane, la «présidence de l'Union démocratique croate de Bosnie-Herzégovine» a adopté une décision sur l'établissement de la Communauté croate d'Herceg-Bosna en tant que communauté politique, économique et culturelle du peuple croate en Bosnie-Herzégovine. *Dans le cadre de son choix d'application intégrale des accords de Dayton*, la présidence de la communauté démocratique croate (HDZ) de Bosnie-Herzégovine a aussi adopté une résolution sur le transfert progressif des pouvoirs exécutifs de la République croate d'Herceg-Bosna aux autorités de la fédération de Bosnie-Herzégovine. Des membres de la présidence de la communauté démocratique croate de Bosnie-Herzégovine ont aussi demandé à *leurs homologues musulmans au sein de la fédération de commencer à transférer leurs pouvoirs aux organes de la fédération*[31].

Le gouvernement de la fédération n'a été constitué que le 31 janvier 1996. Le président de la fédération, M. K. Zubak, dans l'allocution qu'il a prononcée devant l'Assemblée constituante, a souligné notamment que, «*par le transfert des pouvoirs de la république au gouvernement de la fédération, les fonctions de l'Herceg-Bosna seront transférées à la fédération*»[32].

Comme *Le Monde* l'a rapporté:

> «les Croates séparatistes de Bosnie ont annoncé samedi 15 juin qu'ils formaient un nouveau gouvernement pour leur «Etat indépendant d'Herceg-Bosna». En principe, toutes les institutions de cet Etat autoproclamé auraient dû disparaître avec l'avènement de celles de la fédération croato-musulmane.»[33]

Ainsi, le projet politique de création d'une fédération croato-musulmane en Bosnie-Herzégovine, incorporé dans l'accord de Washington de 1993, ne s'est pas traduit dans les faits. Les entités étatiques musulmanes et croates ont continué de fonctionner après l'accord en tant qu'Etats *de facto*, qui ont de temps à autre poursuivi une sorte de coordination politique et militaire à des fins politiques pragmatiques. Mais cette coopération était, de par ses caractéristiques inhérentes, une coopération entre entités étatiques.

---

[30] *Vjesnik*, Zagreb, 2 janvier 1993 (les italiques sont de moi).
[31] *Vecernji List*, Zagreb, 15 janvier 1996.
[32] *Borba*, Belgrade, 1er février 1996 (les italiques sont de moi).
[33] *Le Monde*, mardi 18 juin 1996, p. 3.

In the light of the Dayton Agreement, promotion of the Federation is a political and contractual obligation, thus in view of the present state of affairs, it could be said that the Federation is a State entity in statu nascendi.

The qualification "self-proclaimed" which is usually attached to the Republic of Srpska and Herceg-Bosna can hardly have any legal effect. According to its original, grammatical meaning, it denotes the obvious fact that no-one can "proclaim" a newly emerging State except itself — in that sense every newly emerging State is "self-proclaimed". The heart of the matter is therefore, not whether a new State is "self-proclaimed" or is proclaimed by a second or third party, but whether the proclamation is based on fact and the law.

This qualification can have legal meaning only within the reasoning of constitutive theory on the recognition of States as a condition of their emergence or in the neoconstitutive practice of the application of the ruling, declarative theory.

21. Bosnia and Herzegovina as a State within the administrative borders of the former federal administrative unit, bearing the name of the former federal unit, could only be discussed, so to speak, after the enforcement of the Dayton Agreements. A precise qualification of Bosnia and Herzegovina in these terms may be given only after a global analysis of the contents of the above-mentioned Agreements.

22. The "Dayton Agreements" as a collective name for a series of agreements, are endowed with ambivalent legal faculties.

In formal terms, the fundamental part of the Agreements should be the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina. Such a conclusion is imposed by the fact that other agreements were qualified as annexes to the General Framework Agreement (Agreement on the Military Aspects of the Peace Settlement; Agreement on Regional Stabilization; Agreement on Inter-Entity Boundary Line and Related Issues; Agreement on Elections; Agreement on Arbitration; Agreement on Human Rights; Agreement on Refugees and Displaced Persons; Agreement on the Commission to Preserve National Monuments; Agreement on the Establishment of Bosnia and Herzegovina Public Corporations; Agreement on Civilian Implementation; Agreement on International Police Task Force), with the exception of the Agreement on Initialling the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina. The contents of the General Framework Agreement, on the one hand, and the rest of the Agreements, drawn up in the form of annexes, on the other, suggest that the main commitments conducive to a comprehensive settlement to bring an end to the tragic conflict in the region, as stated in the General Framework Agreement, are contained in those annexes.

The General Framework Agreement, by its nature, is a specific combination of elements of political declarations and elements relative to guarantees which resemble an international treaty, *stricto sensu*, conceived as an act creating reciprocal rights and obligations of the parties thereto. The elements characteristic of political declarations are reflected in

A la lumière des accords de Dayton, lancer la fédération est une obligation politique et contractuelle; ainsi, étant donné la situation actuelle, on pourrait dire que la fédération est une entité étatique in statu nascendi.

L'épithète «autoproclamé» qui est habituellement utilisée pour qualifier la Republika Srpska et l'Herceg-Bosna ne saurait avoir d'effet juridique. Selon son sens grammatical premier, elle dénote le fait évident que nul ne peut «proclamer» un Etat en train de naître si ce n'est lui-même — en ce sens tout nouvel Etat en train de naître est «autoproclamé». La question est donc, au fond, de savoir non si un nouvel Etat est «autoproclamé» ou proclamé par une seconde ou tierce partie, mais si la proclamation est fondée en fait et en droit.

Cette épithète ne peut avoir de sens juridique que dans le cadre de la théorie constitutive qui voit dans la reconnaissance des Etats une condition de leur existence, ou dans la pratique néoconstitutive de l'application de la théorie déclarative, qui prévaut.

21. La Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité administrative fédérale du même nom ne pouvait être mentionnée qu'après l'application des accords de Dayton. Une qualification précise de la Bosnie-Herzégovine en ces termes ne peut être donnée qu'après une analyse globale du contenu de ces accords.

22. Les «accords de Dayton», nom collectif qui désigne une série d'accords, ont des effets juridiques ambivalents.

Du point de vue formel, la partie fondamentale des accords devrait être l'accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine. Cette conclusion s'impose car les autres accords sont qualifiés d'annexes à l'accord-cadre général (accord relatif aux aspects militaires du règlement de paix; accord relatif à la stabilisation régionale; accord relatif à la ligne de démarcation interentités et aux questions connexes; accord relatif aux élections; accord relatif à l'arbitrage; accord relatif aux droits de l'homme; accord relatif aux réfugiés et aux personnes déplacées; accord portant création d'une commission de préservation des monuments nationaux; accord relatif à la constitution d'entreprises publiques en Bosnie-Herzégovine; accord relatif au dispositif civil d'application de l'accord de paix; et accord relatif à l'équipe internationale de police), à l'exception de l'accord relatif au paraphe de l'accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine. Le contenu de l'accord-cadre général, d'une part, et des autres accords, signés sous forme d'annexes, de l'autre, donne à penser que les principaux engagements propres à assurer un règlement global destiné à mettre fin au conflit tragique de la région, comme indiqué dans l'accord-cadre général, figurent dans ces annexes.

Par nature, l'accord-cadre général renferme de façon spécifique des déclarations politiques et des éléments relatifs à des garanties comparables à un traité international *stricto sensu*, créant des droits et obligations réciproques pour les parties. Relèvent des déclarations d'intentions politiques les dispositions d'une série d'articles (art. II, III, IV, V, VII et IX)

the provisions in a series of the General Framework Agreement Articles (Arts. II, III, IV, V, VI, VII and IX) whereby the parties only welcome and endorse arrangements stipulated in the Annexes to the General Framework Agreement. The only Articles of the General Framework Agreement binding on the parties in a way suitable to international treaties, *stricto sensu*, are Articles I and VII. True, most of the Articles mentioned above include a standard form of words providing that "[t]he parties shall fully respect and promote fulfilment of the commitments made" but the meaning of such a wording, in terms of the contents of Article I of the General Framework Agreement and the nature of those commitments is, at least when SFY and Croatia are referred to, more of a sort of a guarantee that the parties to the Agreements, specified as Annexes, will implement the undertakings, rather than constituting a binding obligation. Particularly significant in that regard, apart from the above-mentioned standard wording in the Annexes, is the Agreement on Initialling the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina. By that Agreement, which is not formally an annex to the General Framework Agreement, "[t]he Parties [the Republic of Bosnia and Herzegovina, the Republic of Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia], and the Entities that they represent, commit themselves to signature of these Agreements" (Art. I). It provides that the very implementation of the General Framework Agreement and its Annexes is to be entrusted to the Joint Interim Commission composed of representatives of the Bosnia and Herzegovina Federation, Republic Srpska, Bosnia-Herzegovina Republic. The position of the Bosnia-Herzegovina Republic, as a contracting party, is specific in this context, as the Republic of Bosnia and Herzegovina, by virtue of Article I (3) of the Constitution "*shall* consist of the two Entities, the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republic Srpska (hereinafter 'the Entities')" (emphasis added). Hence the entities figuring in the structure of the Dayton Agreements, in Annex 4 to the Agreements, are the parties; therefore, in the light of relevant conditions for constitution of the Bosnia-Herzegovina Republic as a State within the administrative borders of that former federal unit, it follows that the Bosnia-Herzegovina Republic guarantees the obligations of the entities to constitute it. This discrepancy results from the premise of an unbroken legal personality of Bosnia and Herzegovina under international law as a State — which is of dubious legal validity (see para. 23 below).

Hence it may be said that the Annexes constitute the essential substance of the Dayton Agreements, while the General Framework Agreement, as implied by its very name, constitutes a legal-political framework integrating the regulatory contents of the Annexes. The parties to the "General Framework Agreement" are, as stated in the Preamble, "[t]he Republic of Bosnia and Herzegovina, the Republic of Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia". The parties to the Agreement's Annexes are, however, different. The Republic of Bosnia and Herzegovina, the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republic of Srpska are, either alone or together with Croatia and Yugoslavia, parties to most of

dans lesquels les parties ne font que noter avec satisfaction et approuver les arrangements énoncés dans les annexes. Les seuls articles de l'accord-cadre général qui obligent les parties comme le ferait un traité international *stricto sensu* sont les articles I et VII. Certes, la plupart des articles susmentionnés comprennent une clause type disposant que «les parties respecteront pleinement les engagements pris et en encourageront l'application», mais une telle formulation, eu égard au contenu de l'article premier de l'accord-cadre et à la nature de ces engagements, et tout au moins en ce qui concerne la République fédérative de Yougoslavie et la Croatie, constitue plus une sorte de garantie que les parties aux accords désignés comme des annexes honoreront leurs engagements qu'une obligation contraignante. Particulièrement important à cet égard, outre la clause type susmentionnée, est l'accord relatif au paraphe de l'accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine. Par cet accord, qui n'est pas formellement une annexe de l'accord-cadre général, «[l]es parties [la République de Bosnie-Herzégovine, la République de Croatie et la République fédérative de Yougoslavie], et les entités qu'elles représentent, s'engagent à signer ces accords» (art. I). Il dispose que l'application même de l'accord-cadre général et de ses annexes sera confiée à une commission intérimaire mixte composée de représentants de la fédération de Bosnie-Herzégovine, de la Republika Srpska et de la République de Bosnie-Herzégovine. La situation de la République de Bosnie-Herzégovine en tant que partie contractante est dans ce contexte particulière puisque aux termes de l'article I, paragraphe 3, de sa Constitution, la République de Bosnie-Herzégovine «est formée de deux entités, la fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska (ci-après dénommées «les entités»)». Ainsi, les entités figurant dans la structure des accords de Dayton, à l'annexe 4 des accords, sont les parties; de ce fait, étant donné les conditions régissant la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine en Etat à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale, la République de Bosnie-Herzégovine garantit les obligations des entités de la constituer. Cette incohérence découle de la position préalable — d'une validité juridique douteuse — d'une personnalité juridique ininterrompue de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat au sens du droit international (voir ci-après par. 23).

Ainsi, les annexes, peut-on dire, constituent l'essentiel des accords de Dayton, tandis que l'accord-cadre général, comme l'indique son nom même, n'est que le cadre juridico-politique dans lequel s'inscrit la réglementation qui forme le contenu des annexes. Les parties à l'«accord-cadre général» sont, comme indiqué dans le préambule, «la République de Bosnie-Herzégovine, la République de Croatie et la République fédérative de Yougoslavie». Les parties aux annexes de l'accord sont toutefois différentes. La République de Bosnie-Herzégovine, la fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska sont, soit seules soit avec la Croatie et la Yougoslavie, parties à la plupart des annexes. Toutes trois

the Annexes. The three aforementioned parties signed the Agreement on the Military Aspects of the Peace Settlement; Agreement on Inter-Entity Boundary Line and Related Issues; Agreement on Elections; Agreement on Refugees and Displaced Persons; Agreement on Commission to Preserve National Monuments; and Agreement on International Police Task Force. Together with the Republic of Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia, the three parties figure as parties to the Agreement on Regional Stabilization and the Agreement on Civilian Implementation of the Peace Settlement. The Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republic of Srpska are parties to the Agreement on Establishment of Bosnia and Herzegovina Public Corporations and the Agreement on Arbitration. The Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina is also an integral part of the Dayton Agreements. It is designed in the form of Annex 4 of the Agreement and is approved by respective declarations of the Republic of Bosnia and Herzegovina, the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republic Srpska.

23. *In the light of the contents of the Dayton Agreements and in particular in the light of the current state of affairs, Bosnia and Herzegovina may be qualified in terms of international law as a State* in statu nascendi. At the time of the entry into force of the Dayton Agreements, the Republic of Bosnia and Herzegovina, as a State within the administrative borders of the former Yugoslav federal unit of the same name, possessed literally no relevant attribute of a State in terms of international law. More particularly:

(*a*) The Republic of Bosnia and Herzegovina has no central State authorities to this day. Annex 4 (Constitution of Bosnia and Herzegovina) to the Dayton Agreements stipulates in Articles IV, V, VI and VII joint authorities in the form of a Parliamentary Assembly, a Presidency, a Council of Ministers, a Constitutional Court and a Central Bank, but the Constitution is conditioned upon "free, fair, and democratic elections" as a basis for a representative government [34]. In keeping with the provision of Article 4 of "Transitional Arrangements", joined in the form of Annex II to the Constitution, "[u]ntil superseded by applicable agreement or law, governmental offices, institutions, and other bodies of Bosnia and Herzegovina will operate in accordance with applicable law" [35]. Systematically interpreted, the above-mentioned provision implies that governmental offices, institutions and other bodies of the entities in the territory of Bosnia and Herzegovina "will operate in accordance with applicable law";

(*b*) The Republic of Bosnia and Herzegovina up to the present time has possessed no coherent legislation of its own. True, the Constitution of the Republic as a supreme legal act has come into force but

[34] Preamble of the Agreement on Elections, doc. A/50/790-S/1995/999, p. 53.
[35] *Ibid.*, p. 76.

ont signé l'accord relatif aux aspects militaires du règlement de paix, l'accord relatif à la ligne de démarcation interentités et aux questions connexes, l'accord relatif aux élections, l'accord relatif aux réfugiés et personnes déplacées, l'accord portant création d'une commission de préservation des monuments nationaux, et l'accord relatif à l'équipe internationale de police. Avec la République de Croatie et la République fédérative de Yougoslavie, ces trois parties ont signé l'accord relatif à la stabilisation régionale et l'accord relatif au dispositif civil d'application de l'accord de paix. La fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska sont parties à l'accord relatif à la constitution d'entreprises publiques en Bosnie-Herzégovine et à l'accord relatif à l'arbitrage. La Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine fait aussi partie intégrante des accords de Dayton. Elle constitue l'annexe 4 de l'accord-cadre et est approuvée par des déclarations respectives de la République de Bosnie-Herzégovine, de la fédération de Bosnie-Herzégovine et de la Republika Srpska.

23. *Eu égard au contenu des accords de Dayton et compte tenu en particulier de la situation actuelle, la Bosnie-Herzégovine peut être qualifiée au regard du droit international d'Etat* in statu nascendi. A l'époque de l'entrée en vigueur des accords de Dayton, la République de Bosnie-Herzégovine, en tant qu'Etat à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale yougoslave du même nom, ne possédait littéralement aucun des attributs pertinents de l'Etat au sens du droit international. Plus particulièrement:

a) à ce jour, la République de Bosnie-Herzégovine n'a toujours pas d'autorités étatiques centrales. L'annexe 4 (Constitution de la Bosnie-Herzégovine) des accords de Dayton prévoit en ses articles IV, V, VI et VII des autorités mixtes (assemblée parlementaire, présidence, conseil des ministres, cour constitutionnelle et banque centrale), mais la constitution est subordonnée à des élections libres, équitables et démocratiques «permettant d'établir les bases d'un gouvernement représentatif»[34]. Aux termes de l'article 4 des «Dispositions transitoires» qui constituent l'annexe II de la Constitution, «[t]ant qu'ils n'ont pas été remplacés en vertu d'une loi ou d'un accord applicables, les services, les institutions et les autres organes officiels de la Bosnie-Herzégovine continuent de fonctionner conformément au droit applicable»[35]. Interprétée de manière systématique, la disposition ci-dessus implique que les services, les institutions et les autres organes des entités sur le territoire de Bosnie-Herzégovine «continuent de fonctionner conformément au droit applicable»;

b) à ce jour, la République de Bosnie-Herzégovine n'est dotée d'aucune législation cohérente qui lui soit propre. Certes, la Constitution de la République, texte juridique suprême, est entrée en vigueur mais

[34] Préambule de l'accord relatif aux élections, doc. A/50/790-S/1995/999, p. 49.
[35] *Ibid.*, p. 69.

"[a]ll laws, regulations and judicial rules of procedure in effect within the territory of Bosnia and Herzegovina when the Constitution enters into force shall remain in effect to the extent not inconsistent with the Constitution, until otherwise determined by a competent governmental body of Bosnia and Herzegovina" [36];

(c) The Republic of Bosnia and Herzegovina has no single judicial system or administrative procedure. This fact is also formally endorsed by Article 3 of the "Transitional Arrangements", which states:

"[a]ll proceedings in courts or administrative agencies functioning within the territory of Bosnia and Herzegovina when the Constitution enters into force shall continue in or be transferred to other courts or agencies in Bosnia and Herzegovina in accordance with any legislation governing the competence of such courts or agencies" [37];

(d) The Republic of Bosnia and Herzegovina has no armed force of its own. Moreover, a joint army is not an institution of a central authority, since it does not figure as one of the responsibilities of the Peace Settlement and the Agreement on Regional Stabilization, which are relevant in this matter. By their wording and their content they resemble the agreements among sovereign, independent States on confidence and security building measures, rather than agreements among entities within one State. The main purpose of the obligations entered into under the Agreement on the Military Aspects of the Peace Settlement relate to the establishment of a durable cessation of hostilities, which implies that

"[n]either Entity shall threaten or use force against the other Entity, and under no circumstances shall any armed forces of either Entity enter into or stay within the territory of the other Entity without the consent of the government of the latter and of the Presidency of Bosnia and Herzegovina"

and that "lasting security and arms control measures . . . which aim to promote a permanent reconciliation between all Parties" are to be established [38]. The Agreement on Regional Stabilization, however, provided for a general obligation of establishment of progressive measures for regional stability and arms control by achieving balances and stable defence force levels at the constant numbers consistent with the parties' respective security and the need to avoid an arms race in the region [39];

---

[36] Doc. A/50/790-S/1995/999, Transitional Arrangements, Art. 2, p. 76.
[37] *Ibid.*, Art. 3.
[38] *Ibid.*, Art. I (2) *(a)*, *(c)*, p. 8.
[39] *Ibid.*, p. 2.

> «[t]outes les lois, tous les règlements et tous les codes de procédure qui étaient applicables sur le territoire de Bosnie-Herzégovine au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution restent en vigueur dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec cette dernière, à moins qu'un organe compétent du Gouvernement de Bosnie-Herzégovine n'en décide autrement» [36];

c) la République de Bosnie-Herzégovine n'a pas de système judiciaire ni de procédure administrative uniformes. Ce fait est aussi formellement attesté par l'article 3 des «Dispositions transitoires», qui est ainsi libellé:

> «Toutes les procédures engagées devant les tribunaux ou les administrations publiques fonctionnant sur le territoire de Bosnie-Herzégovine au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution se poursuivent ou sont transférées à d'autres tribunaux ou d'autres administrations publiques de Bosnie-Herzégovine selon les lois qui établissent la compétence de ces tribunaux ou de ces administrations» [37];

d) la République de Bosnie-Herzégovine n'a pas d'armée qui lui soit propre. De plus, une armée commune n'est pas une institution d'une autorité centrale, puisqu'elle ne figure pas au nombre des responsabilités prévues dans l'accord de paix et dans l'accord relatif à la stabilisation régionale, qui sont pertinents en la matière. Par leur libellé et leur contenu, ceux-ci ressemblent plus à des accords relatifs à des mesures de confiance et de sécurité entre États souverains et indépendants qu'à des accords entre entités faisant partie d'un même Etat. Le principal objectif des obligations contractées dans le cadre de l'accord relatif aux aspects militaires du règlement de paix est d'instituer une cessation durable des hostilités, ce qui implique que:

> «[a]ucune entité n'aura recours à la menace ou à l'emploi de la force contre l'autre entité et, en aucune circonstance, les forces armées d'une entité ne pénétreront ou séjourneront sur le territoire de l'autre entité sans l'assentiment du gouvernement de celle-ci et de la présidence de la Bosnie-Herzégovine»

et que «des mesures durables de sécurité et de limitation des armements ... en vue de favoriser une réconciliation permanente entre toutes les parties» seront arrêtées [38]. L'accord relatif à la stabilisation régionale énonce toutefois une obligation générale de prendre des mesures graduelles en faveur de la stabilité et de la limitation des armements dans la région en parvenant à des niveaux de force défensive équilibrés et stables avec des effectifs tenant compte de la sécurité de chacune des parties et de la nécessité d'éviter une course aux armements dans la région [39].

[36] Doc. A/50/790-S/1995/999, «Dispositions transitoires», art. 2, p. 68.
[37] *Ibid.*, art. 3.
[38] Accord relatif aux aspects militaires du règlement de paix, art. II, 2 *c)*, p. 7.
[39] Accord relatif à la stabilisation régionale, p. 40.

(e) The Republic of Bosnia and Herzegovina does not have its own police force. The competence of the police forces of the entities is limited *ratione loci*. Only the International Police Task Force, established under the corresponding Agreement marked as Annex 11, is authorized, in keeping with its tasks laid down in Article III of the Agreement, to act throughout the Republic of Bosnia and Herzegovina.

Of the relevant conditions for statehood of Bosnia and Herzegovina within its administrative borders, only the condition concerning the contractually determined administrative borders of Bosnia and Herzegovina as the internationally recognized ones, has been fully met[40].

24. *In the light of the foregoing it may be said that the relevant factual and legal status of Bosnia and Herzegovina as a State within the administrative borders of the same ex-federal unit, may be defined as a political project of the organized international community, whose materialization was transformed by the Dayton Agreements into a binding obligation of the parties to the Agreements.* The fact that this is more a contractual obligation to establish Bosnia and Herzegovina as a State than a consecration of the current state of affairs is testified to by the nature of the Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina. As it stands, it is not, *stricto sensu*, a constitution, that is, an act of the internal constitution-making authority, but is an international treaty incorporating the text of the Constitution. The term "party" denotes a State which has consented to be bound by the treaty and for which the treaty is in force[41]. By virtue of Article 2 (*a*) of the Convention on the Law of Treaties,

> "'treaty' means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation".

In other words, underlying the title "Constitution of Bosnia and Herzegovina" is a treaty of two State entities — the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republika Srpska — to establish a State within the administrative borders of the former federal unit of Bosnia and Herzegovina, since "[e]very State possesses capacity to conclude treaties"[42].

Moreover, the personality of one of the parties — the Federation of Bosnia and Herzegovina — possesses elements of political fiction that considerably outweigh the real attributes of statehood (see para. 19 above). Hence, in a broader context, the global contractual obligation to establish Bosnia and Herzegovina within its administrative borders also covers the materialization of a separate contractual obligation undertaken by

[40] Article X of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina.
[41] Convention on the Law of Treaties, 1969, Art. 2 (9).
[42] *Ibid.*, Art. 6.

c) la République de Bosnie-Herzégovine n'a pas sa propre police. La compétence des forces de police des entités est limitée *ratione loci*. Seule l'équipe internationale de police, créée en vertu de l'accord y relatif (annexe 11), est autorisée, dans l'exercice des fonctions définies à l'article III de cet accord, à opérer sur l'ensemble du territoire de la République de Bosnie-Herzégovine.

Des conditions devant être satisfaites pour que la Bosnie-Herzégovine acquière la qualité d'Etat à l'intérieur de ses limites administratives, seule la condition concernant la définition contractuelle de ces limites administratives en tant que frontières internationalement reconnues l'a été pleinement[40].

24. *Compte tenu de ce qui précède, on peut dire qu'en droit comme en fait la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale du même nom peut être défini comme un projet politique de la communauté internationale organisée, dont la matérialisation a été transformée par les accords de Dayton en une obligation contraignante pour les parties à ces accords.* Le fait qu'il s'agit plus d'une obligation contractuelle d'établir la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat que d'une consécration de la situation existante est attesté par la nature de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine. Dans son état actuel, elle n'est pas une constitution *stricto sensu*, à savoir un acte de l'autorité constituante interne, mais un traité international en contenant le texte. Le terme «partie» désigne un Etat qui a consenti à être lié par le traité et pour lequel le traité est en vigueur[41]. En vertu de l'article 2 *a)* de la convention sur le droit des traités,

> «l'expression «traité» s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière».

En d'autres termes, sous le titre «Constitution de la Bosnie-Herzégovine» on trouve un traité entre deux entités étatiques — la fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska — visant à établir un Etat à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale de Bosnie-Herzégovine, puisque «[t]out Etat a la capacité de conclure des traités»[42].

En outre, la personnalité de l'une des parties — la fédération de Bosnie-Herzégovine — relève bien davantage de la fiction politique qu'elle ne possède les attributs réels d'un Etat (voir ci-dessus par. 19). Ainsi, dans un contexte plus large, l'obligation contractuelle globale d'établir la Bosnie-Herzégovine à l'intérieur de ses limites administratives implique l'exécution d'une obligation contractuelle distincte assumée par les entités étatiques

[40] Article X de l'accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine.

[41] Convention sur le droit des traités, 1969, art. 2, par. 9.

[42] *Ibid.*, art. 6.

the Croat and Muslim state entities in Bosnia and Herzegovina under the Washington agreement — the obligation to form the Federation of Bosnia and Herzegovina.

At present, an absence of the crucial State elements in terms of international law makes Bosnia and Herzegovina within its administrative borders a State sui generis*: a combination of a contractual relationship of two entities with a strongly installed element of an international protectorate.* This status is expressed at two levels, that is

(*a*) the factual level, as reflected in the position of IFOR. These forces are, by definition, a "multinational military Implementation Force"[43] deployed to Bosnia and Herzegovina to "help ensure compliance with the provisions of this Agreement"[44]. IFOR is not only one armed force which shall "have complete and unimpeded freedom of movement by ground, air, and water throughout Bosnia and Herzegovina"[45] but is even authorized to "take such actions as required, including the use of necessary force, to ensure compliance with this Annex, and to ensure its own protection"[46];

(*b*) the legal level, since particularly relevant provisions of Article VI of the Constitution of Bosnia and Herzegovina (Constitutional Court), which is an inherently adjudicative body which has "exclusive jurisdiction to decide any dispute that arises under this Constitution between the Entities or between Bosnia and Herzegovina and an Entity or Entities, or between institutions of Bosnia and Herzegovina"[47]. Paragraph 1 of the above-mentioned Article provides for the composition of the Court in the following way:

> "The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina shall have nine members.
>
> (*a*) Four members shall be selected by the House of Representatives of the Federation, and two members by the Assembly of the Republika Srpska. The remaining three members shall be selected by the President of the European Court of Human Rights after consultation with the Presidency."[48]

It is, therefore, beyond any doubt that the election of one-third of the members of the court is not in any way influenced by the Presidency of the Republic of Bosnia and Herzegovina or by any other organ of the

[43] Article 1 of the Agreement on the Military Aspects of the Peace Settlement, doc. A/50/790-S/1995/999, p. 7.
[44] *Ibid.*
[45] *Ibid.*, p. 19.
[46] *Ibid.*, p. 8.
[47] *Ibid.*, p. 71.
[48] *Ibid.*, p. 70.

croate et musulmane de Bosnie-Herzégovine au titre de l'accord de Washington — l'obligation de constituer la fédération de Bosnie-Herzégovine.

Actuellement, l'absence des éléments constitutifs de l'Etat qui sont fondamentaux au regard du droit international fait de la Bosnie-Herzégovine à l'intérieur de ses limites administratives un Etat sui generis*: il s'agit d'une relation contractuelle entre deux entités à laquelle est associé un élément fortement marqué de protectorat international. Ce statut s'exprime à deux niveaux, à savoir:*

a) au niveau des faits, comme le montre le statut de l'IFOR. Cette force est définie comme une «force d'application militaire multinationale»[43] déployée en Bosnie-Herzégovine pour «aider à veiller au respect des dispositions du présent accord»[44]. L'IFOR n'est pas seulement une force armée qui «aura la liberté complète de se déplacer sans entrave par voies terrestre, aérienne et fluviale dans l'ensemble de la Bosnie-Herzégovine»[45], mais elle est même autorisée «à prendre les mesures requises, y compris l'emploi de la force nécessaire, pour veiller au respect des dispositions de la présente annexe et pour assurer sa propre protection»[46];

b) au niveau du droit, eu égard aux dispositions particulièrement pertinentes de l'article VI de la Constitution de Bosnie-Herzégovine, qui institue une cour constitutionnelle, laquelle est un organe intrinsèquement judiciaire qui a «compétence exclusive pour régler tout différend apparaissant dans le cadre de la Constitution entre les entités ou entre la Bosnie-Herzégovine et une entité ou les deux ou entre les institutions de Bosnie-Herzégovine»[47]. Le paragraphe 1 de l'article susmentionné, relatif à la composition de la cour, est ainsi libellé:

> «La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine est formée de neuf membres.
>
> *a)* Quatre membres sont choisis par la chambre des représentants de la fédération, deux membres par l'assemblée de la Republika Srpska. Les trois membres restants sont choisis par le président de la Cour européenne des droits de l'homme, après consultation avec la présidence.»[48]

Il est donc hors de doute qu'en pratique l'élection d'un tiers des membres de la cour n'est en aucune manière influencée par la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine ni par un autre organe de la Répu-

[43] Article I de l'accord relatif aux aspects militaires du règlement de paix, doc. A/57/790-S/1995/799, p. 6.
[44] *Ibid.*
[45] *Ibid.*, p. 17.
[46] *Ibid.*, p. 7.
[47] *Ibid.*, p. 64.
[48] *Ibid.*

Republic or Entities, in practical terms, given the fact that consultation *per definitionem* has no binding force.

The provisions relating to the competence of the International Police Task Force can be mentioned among others. The competences of these forces cover, *inter alia*, the "monitoring, observing and inspecting [of] law enforcement activities and facilities, including associated judicial organizations, structures, and proceedings"[49]. The real range of these powers in the context of *suprema potestas* of the Republic of Bosnia and Herzegovina becomes clear in view of the provisions of Article VII of the Agreement which defines law enforcement agencies as those involved in law enforcement, criminal investigations, public and State security, or detention or judicial activities[50].

The elements of international protectorate moreover possess a twofold significance. On the one hand, they are, especially when the composition of the Constitutional Court is concerned, an integral part of the State structure of Bosnia and Herzegovina, construed by the Dayton Agreements, while on the other, they serve to guarantee enforcement obligations entered into by the entities under the agreements.

25. There is an essential analogy between the Republic of Bosnia and Herzegovina and Finland after its proclamation of independence on 4 December 1917. Since the Permanent Court of International Justice did not exist at the time, an opinion on the status of Finland was requested of the International Committee of Jurists. In its Report the Committee noted, *inter alia*, that:

> "Certain elements essential to the existence of a state, even some elements of fact, were lacking for a fairly considerable period. Political and social life was disorganized; the authorities were not strong enough to assert themselves, civil war was rife; further the Diet, the legality of which had been disputed by a large section of the people, had been dispersed by the revolutionary party . . . the armed camps and the police were divided into two opposing forces . . . It is, therefore, difficult to say at what exact date the Finnish Republic, in the legal sense of the term, actually became a definitely constituted sovereign state. This certainly did not take place until stable political organization had been created, and until the public authorities had become strong enough to assert themselves throughout the territories of the state without the assistance of foreign troops."[51]

As Warren Christopher, the United States Secretary of State, noted:

---

[49] Article III.1 (*a*) of the Agreement on International Police Task Force, doc. A/50/790/S/1995/999, p. 118.

[50] *Ibid.*, Art. VII, p. 120.

[51] Report by the International Committee of Jurists (Larnoude (President), Struycken, Huber), *Official Journal of the League of Nations*, Spec. Supp. No. 3 (1920), p. 8.

blique ou des entités, en pratique, étant donné que la consultation n'a par définition aucune force obligatoire.

On peut aussi mentionner les dispositions relatives à la compétence de l'équipe internationale de police. Cette force est notamment compétente pour «contrôler, observer et inspecter les activités et facilités de maintien de l'ordre, y compris les organismes, structures et procédures judiciaires connexes»[49]. La portée véritable de ces pouvoirs dans le contexte de la *suprema potestas* de la République de Bosnie-Herzégovine est mise en lumière par les dispositions de l'article VII de l'accord, qui définit les institutions de maintien de l'ordre comme les institutions chargées de maintenir l'ordre, de mener les enquêtes pénales, d'assurer la sécurité publique et la sécurité de l'Etat, ou de s'occuper des détentions ou des procédures judiciaires[50].

Les éléments relevant du protectorat international ont en outre une double importance. D'une part, et en particulier en ce qui concerne la composition de la cour constitutionnelle, ils sont partie intégrante de la structure étatique de la Bosnie-Herzégovine, telle que façonnée par les accords de Dayton, et, de l'autre, ils servent à garantir l'exécution des obligations qu'ont assumées les entités en signant les accords.

25. Il existe une analogie essentielle entre la République de Bosnie-Herzégovine et la Finlande après que celle-ci eut déclaré son indépendance le 4 décembre 1917. Comme la Cour permanente de Justice internationale n'existait pas à l'époque, c'est à la commission de juristes que l'on a demandé de rendre un avis sur le statut de la Finlande. Dans son rapport, la commission a notamment noté ce qui suit:

> «Certains éléments essentiels de l'Etat, même des éléments de fait, lui ont assez longtemps fait défaut. La vie politique et sociale était désorganisée; l'autorité n'était plus assez forte pour s'affirmer; la guerre civile sévissait; la Diète, dont la légalité avait été contestée par une grande partie du peuple, avait été dispersée par le parti révolutionnaire ... la force armée et la police étaient divisées en deux camps opposés ... Il est donc difficile de dire à quelle date précise la République de Finlande, dans le sens juridique du mot, est née comme Etat souverain définitivement constitué. Ce n'est certainement pas avant qu'une organisation politique stable n'ait été créée et que les autorités publiques ne soient devenues assez fortes pour affirmer leur autorité sur le territoire du pays sans le concours de troupes étrangères.»[51]

Comme l'a déclaré M. Warren Christopher, secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique:

---

[49] Article III, paragraphe 1 *a) i)*, de l'accord relatif à l'équipe internationale de police, doc. A/50/790-S/1995/999, p. 104.

[50] *Ibid.*, art. VII, p. 107.

[51] Rapport de la commission de juristes (Larnoude, président, Struycken, Huber), *Journal officiel de la Société des Nations, supplément spécial n° 3*, 1921, p. 8-9.

> "Without elections, there will be no unified Bosnia state, no national constitution or judiciary and little hope for greater cooperation among Bosnia's diverse communities."[52]

26. The recognition of Bosnia and Herzegovina is frequently, explicitly or implicitly, used as an argument in support of the existence of Bosnia and Herzegovina as a sovereign and independent State within the administrative boundaries of the former Yugoslav federal unit.

Such an approach is somewhat surprising, since "the State exists by itself *(par lui-même)* and the recognition of a State is nothing else than a declaration of this existence, recognized by the States from which it emanates"[53].

This is specially so, having in mind that "the practice of States shows that the act of recognition is still regarded as essentially a political decision, *which each State decides in accordance with its own free appreciation of the situation*"[54].

It is reasonable to suppose that, merely by relying on these facts, the learned scholar is able to conclude that "[r]ecognition is still in the language of diplomats but it does not belong in the language of law"[55].

It is true that the position of Bosnia and Herzegovina is a specific one, since it has been recognized by practically the whole international community. This fact serves as the basis for the thesis that

> "recognition, along with membership of international organizations, bears witness to these States' conviction that the political entity so recognized is a reality and confers on it certain rights and obligations under international law"[56].

This, in doctrinal terms, elegant thesis highlights among other things, the ambivalent nature of the institute of recognition of States. In the spirit of the ruling, declarative theory, the recognition of States should be a statement of the factual situation formed *leges artis* in harmony with the relevant legal rules on the emergence of new States. The "States' conviction that the political entity . . . is a reality" clearly need not correspond to the factual situation. "Conviction", *per definitionem*, is not a

---

[52] "Without Elections, There Will Be No Unified Bosnian State", *International Herald Tribune*, 15-16 June 1996, p. 6.

[53] Deutsche Continental Gas-Gesselschaft *v.* Polish State, 5 AD 11 at p. 15 (1929-1930).

[54] United Nations Secretariat Memorandum of February 1950 concerning the question of representation of Members in the United Nations, United Nations doc. S/1466, *SCOR*, 5th Year, Supp. for Jan./May 1950, p. 19.

[55] L. Henkin, "General Course on Public International Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 216, 1989, p. 31.

[56] Statement of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina on Preliminary Objections, para. 4.14.

> «Sans élections, il n'y aura pas d'Etat bosniaque unifié, pas de constitution nationale ni d'appareil judiciaire et guère d'espoir d'un renforcement de la coopération entre les diverses communautés de Bosnie.»[52]

26. La reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine est fréquemment, expressément ou implicitement, invoquée comme attestant l'existence de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat souverain et indépendant à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale yougoslave du même nom.

Une telle attitude est quelque peu surprenante, étant donné que «l'Etat existe par lui-même et la reconnaissance d'un Etat n'est rien d'autre qu'une déclaration de cette existence, reconnue par les Etats dont elle émane»[53].

Cela est particulièrement vrai si l'on considère que «la pratique adoptée par les Etats montre que l'acte de reconnaissance est cependant considéré comme une décision de caractère essentiellement politique *que chaque Etat prend suivant l'opinion qu'il se fait lui-même de la situation*»[54].

Il est raisonnable de supposer que sur la base de ces seuls faits un éminent juriste est en mesure de conclure que «la reconnaissance fait toujours partie de la langue des diplomates mais elle n'appartient pas à la langue du droit»[55].

Il est vrai que la situation de la Bosnie-Herzégovine est particulière, car elle a été reconnue par pratiquement toute la communauté internationale. Ce fait sert de fondement à la thèse selon laquelle

> «la reconnaissance, tout comme la qualité de membre d'organisations internationales, témoigne de la conviction de ces Etats que l'entité politique ainsi reconnue constitue une réalité et lui confère certains droits et certaines obligations au regard du droit international»[56].

Cette thèse, élégante du point de vue de la doctrine, met notamment en lumière le caractère ambivalent de l'institution de la reconnaissance des Etats. Selon la théorie déclarative, qui est celle qui prévaut, la reconnaissance des Etats devrait être une déclaration de la situation factuelle formulée *leges artis* en harmonie avec les règles juridiques régissant l'apparition de nouveaux Etats. Il est clair que la «conviction des Etats que l'entité politique ... constitue une réalité» ne correspond pas nécessaire-

---

[52] «Without Elections, There Will Be No Unified Bosnian State», *International Herald Tribune*, 15-16 juin 1996, p. 6.

[53] *Deutsche Continental Gas-Gesselchaft c. Etat polonais*, 5 AD 11, p. 15 (1929-1930).

[54] Mémorandum du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies de février 1950 concernant la question de la représentation des Membres à l'Organisation des Nations Unies, doc. S/14666, *Documents officiels du Conseil de sécurité, cinquième année, supplément janvier-mai 1950*, p. 19.

[55] L. Henkin, «General Course on Public International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit intenational de La Haye*, t. 216, 1989, p. 31.

[56] Exposé du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine sur les exceptions préliminaires, par. 4.14.

factual condition but its subjective expression — hence it is necessary *ad casum* to carry out an investigation so as to establish the precise meaning of the phrase "States' conviction" and to see whether or not it is based on fact or law. *A contrario*, the whole problem would be shifted to the domain of the rule of "majority opinion", so that fact would be what the majority considers it to be.

Having that in mind, it is, generally speaking, necessary from the standpoint of law to examine in each individual case whether the relevant legal criteria for recognition are met.

Concerning Bosnia and Herzegovina, it is obvious that, as an assumed State in the administrative boundaries of that former Yugoslav federal unit, it could be ranked among the circle of States only as a new State. Hence, it is necessary to see which criteria are relevant for the recognition of new States.

The essence of those criteria may be taken to be expressed in paragraph 100 (Minimum Requirements for Recognition of New States) of the *Restatement of the Law*:

> "Before recognizing an entity as a new state, the recognizing state is required to make a determination, reasonably based upon fact, that the entity:
>
> *(a)* has a defined territory and population;
> *(b)* is under the control of a regime that satisfies the minimum requirements for recognition as a government under [paragraph] 101;
> *(c)* has the capacity to engage in foreign relations;
> *(d)* shows reasonable indications that the requirements of Clauses *(a)*-*(c)* will continue to be satisfied."[57]

Paragraph 101 stipulates:

> "Before recognizing a revolutionary regime as a government of a state, the recognizing state is required to make a determination, reasonably based upon fact, that the regime
>
> *(a)* is in control of the territory and population of the state; or
> *(b)* is in control of a substantial part of the territory and population of the state and shows reasonable promise that it will succeed in displacing the previous government in the territory of the state."[58]

The cited criteria are, as a whole, applicable to the case of Bosnia and Herzegovina. In such an assessment, it is decisive that

[57] American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States*, 1965, p. 321.
[58] *Ibid.*, p. 322.

ment aux faits. Par définition, la «conviction» n'est pas une appréciation objective des faits, mais bien une appréciation subjective — c'est pourquoi il est nécessaire en l'espèce de s'efforcer d'établir le sens précis de l'expression «conviction des Etats» et de voir si oui ou non cette conviction est fondée en fait et en droit. A défaut, l'ensemble du problème relèverait de la règle de l'«opinion majoritaire», de telle manière que les faits seraient ce que la majorité considère qu'ils sont.

Cela étant, il est d'une manière générale nécessaire du point de vue du droit d'examiner dans chaque cas individuel si les critères juridiques applicables à la reconnaissance sont satisfaits.

Il est évident que la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat apparu à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale yougoslave du même nom ne peut être classée que parmi les nouveaux Etats. Il est donc nécessaire de voir quels critères s'appliquent à la reconnaissance des nouveaux Etats.

On peut considérer que pour l'essentiel ces critères sont énoncés au paragraphe 100 («Conditions minimales pour la reconnaissance de nouveaux Etats») du *Restatement of the Law*:

> «Avant de reconnaître une entité en tant que nouvel Etat, l'Etat dont émane la reconnaissance doit s'assurer raisonnablement, au regard des faits, que l'entité:
>
> *a)* a un territoire et une population définis;
> *b)* est sous le pouvoir d'un régime qui satisfait aux conditions minimales régissant la reconnaissance d'un gouvernement en vertu du [paragraphe] 101;
> *c)* a la capacité d'avoir des relations internationales;
> *d)* permet raisonnablement de penser que les conditions énoncées aux clauses *a)* à *c)* continueront d'être satisfaites.»[57]

Le paragraphe 101 dispose:

> «Avant de reconnaître un régime révolutionnaire en tant que gouvernement d'un Etat, l'Etat dont émane la reconnaissance est tenu de s'assurer raisonnablement, compte tenu des faits, que ce régime:
>
> *a)* exerce son pouvoir sur le territoire et la population de l'Etat; ou
> *b)* exerce son autorité sur une partie substantielle du territoire et de la population de l'Etat et permet raisonnablement de penser qu'il réussira à évincer le gouvernement antérieur sur le territoire de l'Etat.»[58]

Les critères cités sont dans l'ensemble applicables à la Bosnie-Herzégovine. Lorsqu'on procède à une telle évaluation, une considération est décisive:

---

[57] American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States*, 1965, p. 321.
[58] *Ibid.*, p. 322.

> "Recognition of a government becomes a problem for decision only if an abnormal change of government is involved, i.e., one in violation of the existing constitution of a state."[59]

Bosnia and Herzegovina did not meet the relevant criteria for recognition in the static or dynamic sense. More particularly, at the time of recognition, not only did it not have a "defined territory and population" (see paras. 6-9 above) nor, in particular, "control of a substantial part of the territory and population" (see para. 18 above) but there were no "reasonable indications" that it could fulfil those requirements in the future without active external support. Even Bosnia and Herzegovina itself in the "Second Request for Indication of Provisional Measures of Protection" of 27 July 1993 notes at the end of its submission: "[t]his will be the last opportunity that this Court shall have to save . . . [the] State of Bosnia and Herzegovina" (p. 55). The "Minimum Requirements for the Recognition of New States", as presented, should definitely be complemented with legal requirements as well since "the development of self-determination [is] an additional criterion of statehood, denial of which" would obviate statehood[60].

These additional criteria strengthen the grounds for the conclusion that the recognition of Bosnia and Herzegovina was granted on an exclusively political basis. Also, the "Guidelines on the recognition of new States in Eastern Europe and in the Soviet Union", on the basis of which Bosnia and Herzegovina was recognized by the European Community and its member States, and the discussions in the United Nations Organization at the time of the admission of Bosnia and Herzegovina, indicate that in the realm of law, recognition was granted on the grounds of the right of peoples to self-determination even though, in this particular case, its application is at the very least doubtful (see paras. 44-76 below).

In other words, the recognition of Bosnia and Herzegovina as an independent State was inspired more by the interests of national politics and opportuneness than by the existence of relevant legal principles in regard to this matter. The recognition of Bosnia and Herzegovina was, essentially, one of the instruments for the realization of the political concept on the settlement of the Yugoslav crisis, an instrument which reflected the internal logic of that concept independently of the relevant legal rules. The instrumental nature of the recognition in the Yugoslav case was pointed out by Ambassador Brown:

> "Lord Carrington, who chaired the Conference on Yugoslavia . . . believed that recognition was an important weapon in bringing the

[59] American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States*, p. 323.
[60] M. N. Shaw, *International Law*, 2nd ed., 1986, p. 132.

«La reconnaissance d'un gouvernement ne pose problème que si un changement anormal de gouvernement a eu lieu, c'est-à-dire un changement de gouvernement en violation de la constitution de l'Etat.»[59]

La Bosnie-Herzégovine ne satisfaisait aux critères de la reconnaissance ni d'un point de vue statique ni d'un point de vue dynamique. Plus particulièrement, au moment où elle a été reconnue, non seulement elle n'avait pas «un territoire et une population définis» (voir ci-dessus par. 6-9) et n'exerçait pas non plus, notamment, «son contrôle sur une partie substantielle du territoire et de la population» (voir ci-dessus par. 18), mais elle ne permettait pas «raisonnablement de penser» qu'elle pourrait à l'avenir satisfaire à ces critères sans un appui extérieur actif. La Bosnie-Herzégovine elle-même, dans sa «deuxième demande en indication de mesures conservatoires» du 27 juillet 1993, note, à la fin de ses conclusions: «Il s'agit de la dernière occasion qu'aura la Cour de sauver ... l'Etat de Bosnie-Herzégovine» (p. 55). Les «conditions minimales pour la reconnaissance des nouveaux Etats» énoncées ci-dessus doivent à coup sûr être complétées par des conditions juridiques puisque «l'exercice de l'autodétermination [est] un critère additionnel de la qualité d'Etat, dont le déni» ferait obstacle à la qualité d'Etat[60].

Ces critères additionnels confortent encore la conclusion selon laquelle la Bosnie-Herzégovine a été reconnue exclusivement pour des raisons politiques. De même, les lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux Etats en Europe orientale et en Union soviétique, sur la base desquelles la Bosnie-Herzégovine a été reconnue par la Communauté européenne et ses Etats membres, et les débats qui ont eu lieu à l'Organisation des Nations Unies lors de l'admission de la Bosnie-Herzégovine, indiquent que, du point de vue juridique, la reconnaissance a été accordée sur la base du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes même si, en l'espèce, l'exercice de ce droit est à tout le moins douteux (voir ci-après par. 44-76).

En d'autres termes, la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat indépendant a été motivée davantage par des motifs de politique nationale et des considérations d'opportunité que par l'existence des principes juridiques applicables en la matière. Elle a été pour l'essentiel l'un des instruments de la réalisation d'un projet politique sur le règlement de la crise yougoslave, un instrument qui reflétait la logique interne de ce projet indépendamment des règles juridiques applicables. Le caractère utilitaire de la reconnaissance dans le cas de la Yougoslavie a été souligné par l'ambassadeur Brown:

«Lord Carrington, qui présidait la conférence sur la Yougoslavie ... estimait que la reconnaissance était une arme importante pour

[59] American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States*, 1965, p. 323.
[60] M. N. Shaw, *International Law*, 2e éd., 1986, p. 132.

sides together. Recognition could be an incentive for cooperation or a sanction for lack of cooperation."[61]

This is particularly conspicuous in the "Declaration on Yugoslavia" of 16 December 1991 which together with the "Guidelines on the recognition of new States in Eastern Europe and the Soviet Union", passed on the same day by the EC Ministerial Council, served as a basis for the recognition of Bosnia and Herzegovina by the European Community and its member States.

By their Declaration, the EC and its member States invited

> "*all Yugoslav Republics to state by 23 December whether:*
> — *they wish to be recognized as independent States*;
> — they accept the commitments contained in the above-mentioned guidelines;
> — *they accept the provisions laid down in the Draft Convention* — especially those in Chapter II on human rights and rights of national or ethnic groups — *under consideration by the Conference on Yugoslavia.*"[62]

Bosnia and Herzegovina therefore, together with the other federal units of SFRY, *was invited to state whether it wished to be recognized as an independent State*. The invitation was made at a time when the desire for independence had still not been expressed in the appropriate way in Bosnia and Herzegovina. The referendum on the status of Bosnia and Herzegovina at which two out of the three peoples of Bosnia and Herzegovina declared themselves in favour of the "sovereignty and independence of Bosnia and Herzegovina" was not held until March 1992. It is hard to assume that such an invitation, extended by a body which had offered its good services and mediation in dealing with the Yugoslav crisis, could have had no effect on the political options taken in Bosnia and Herzegovina, particularly if the invitation to recognition is linked with the terms for recognition which, *inter alia*, included the acceptance of "the provisions laid down in the Draft Convention . . . under consideration by the Conference on Yugoslavia". The key provision of the "Draft Convention" which the Conference Chairman Lord Carrington presented to the Conference on 23 October 1991 is contained in Article I which reads:

> "The new relations between the Republics will be based on the following:
>
> *(a)* sovereign and independent Republics with an international personality for those which wish it;

[61] E. G. Brown, "Force and Diplomacy in Yugoslavia: the U.S. Interest", *American Foreign Policy Newsletter*, Vol. 15, No. 4, August 1993, p. 2.
[62] European Political Co-operation, Press Release, 17 December 1991 (emphasis added).

rapprocher les deux parties. La reconnaissance pouvait être une incitation à coopérer ou une sanction pour défaut de coopération.»[61]

Cela est particulièrement manifeste dans la «Déclaration sur la Yougoslavie» du 16 septembre 1991 qui, avec les «Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux Etats en Europe orientale et en Union soviétique» adoptées le même jour par le conseil ministériel de la Communauté européenne, a servi de base à la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine par la Communauté européenne et ses Etats membres.

Dans leur déclaration, la Communauté européenne et ses Etats membres invitaient

«*toutes les républiques yougoslaves à déclarer avant le 23 décembre si:*

— *elles souhaitent être reconnues en tant qu'Etats indépendants;*
— elles acceptent les engagements contenus dans les lignes directrices susmentionnées;
— *elles acceptent les dispositions reprises dans le projet de convention qui est à l'examen à la conférence sur la Yougoslavie*, notamment les dispositions du chapitre II sur les droits de l'homme et les droits des groupes ethniques et nationaux»[62].

La Bosnie-Herzégovine, ainsi que les autres entités fédérales de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, *a donc été invitée à déclarer si elle souhaitait être reconnue comme Etat indépendant*. Cette invitation a été faite à un moment où le désir d'indépendance ne s'était pas encore exprimé de manière appropriée en Bosnie-Herzégovine. Le référendum sur le statut de la Bosnie-Herzégovine lors duquel deux habitants sur trois se sont déclarés en faveur de la «souveraineté et l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine» n'a eu lieu qu'en mars 1992. Il est difficile de soutenir qu'une telle invitation, émanant d'un organe qui avait offert ses bons offices et sa médiation pour régler la crise yougoslave, a pu n'avoir aucun effet sur les choix politiques faits en Bosnie-Herzégovine, d'autant plus qu'elle assujettissait la reconnaissance à certaines conditions, notamment l'acceptation des «dispositions reprises dans le projet de convention ... à l'examen à la conférence sur la Yougoslavie». La disposition clef du «projet de convention» que le président de la conférence, lord Carrington, a présenté à la conférence le 23 octobre 1991, est son article premier, qui est ainsi libellé:

«Les nouvelles relations entre les républiques reposeront sur les éléments suivants:

a) statut de républiques souveraines et indépendantes, dotées d'une personnalité internationale pour celles qui le désirent;

[61] E. G. Brown, «Force and Diplomacy in Yugoslavia: the U.S. Interest», *American Foreign Policy Newsletter*, vol. 15, n° 4, août 1993, p. 2.

[62] Coopération politique en Europe, communiqué de presse, 16 décembre 1991 (les italiques sont de moi).

(b) a free association of the Republics with an international personality as envisaged in this Convention;

(c) comprehensive arrangements, including supervisory mechanisms for the protection of human rights and special status for certain groups and areas;

. . . . . .

(d) in the framework of general settlement, recognition of the independence, within the existing borders, unless otherwise agreed, of those Republics wishing it."

The relevant circumstances show that there existed a connection between recognition and the dismemberment of the SFRY along the seams of the administrative division into federal units as provided for by Article 1 *(a)* of the Draft Convention. That concept, which included the automatic substitution for the personality of the SFRY of the personality of the federal units, reflected the value judgment of the "Declaration on Yugoslavia" of 16 December 1991, on the basis of which its contents were designed. There can be no other explanation for certain formulations contained in the Declaration — *exempli causa*, those according to which the European Community and its member States "will not recognize entities which are the result of aggression". Aggression *per definitionem* is the

> "use of armed force *by a state* against the sovereignty, territorial integrity or political independence of *another state*, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations"[63].

In fact, there are certain indications that the presentation of the Draft Convention by the providers of good offices and mediators was the expression of a political decision on the transformation of Yugoslav federal units into sovereign States. The EPC statement of 6 October 1991 emphasized that

> "it was agreed that a political solution should be sought in the perspective of recognition of the independence of those republics wishing it, at the end of the negotiating process conducted in good faith and involving all parties".

A further indication is the actual title of the document — the term "Convention" denotes an *"agreement between states in the sense of international law"*. The Convention on the Law of Treaties (1969), *lex lata* in this area, stipulates in Article 2 that a "Treaty" represents "an international agreement concluded between States in written form and governed by international law . . . whatever its particular designation". Article 6 of the Convention stipulates that "[e]very State possesses capacity to conclude treaties".

[63] Art. 1, General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974 (emphasis added).

b) libre association des républiques dotées d'une personnalité internationale comme envisagé dans la présente convention;

c) dispositions détaillées, y compris des mécanismes de supervision, pour la protection des droits de l'homme et l'octroi d'un statut spécial à certains groupes et zones;

. . . . . .

d) dans le cadre d'un règlement d'ensemble, reconnaissance de l'indépendance — à l'intérieur des frontières actuelles, sans accord contraire — des républiques qui souhaitent être indépendantes.»

Les circonstances montrent qu'il existait un lien entre la reconnaissance et le démembrement de la République fédérative socialiste de Yougoslavie selon sa division administrative en entités fédérales, comme le prévoyait l'article 1 *a)* du projet de convention. Ce schéma, qui prévoyait la substitution automatique à la personnalité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie de la personnalité des entités fédérales, reflétait le jugement de valeur exprimé dans la «Déclaration sur la Yougoslavie» du 16 décembre 1991, sur la base de laquelle son contenu reposait. On ne peut expliquer autrement certaines formulations figurant dans la déclaration — par exemple, celle selon laquelle la Communauté européenne et ses Etats membres «ne reconnaîtront pas des entités qui seraient le résultat d'une agression». Par définition, l'agression est

> «l'emploi de la force armée *par un Etat* contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un *autre Etat*, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies»[63].

En fait, certains indices attestent que, en présentant le projet de convention, ceux qui fournissaient leurs bons offices et leur médiation donnaient effet à une décision politique sur la transformation des entités fédérales yougoslaves en Etats souverains. La déclaration du 6 octobre 1991 formulée dans le cadre de la coopération politique en Europe soulignait que:

> «il avait été convenu qu'une solution politique devait être recherchée dans la perspective de la reconnaissance de l'indépendance des républiques qui le souhaitent, au terme d'un processus de négociation mené de bonne foi et avec la participation de toutes les parties».

Une autre indication est le titre même du document — le terme «convention» dénote un *«accord entre Etats au sens du droit international»*. La convention sur le droit des traités (1969), qui est *lex lata* dans ce domaine, dispose en son article 2 qu'on entend par «traité» «un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international ... quelle que soit sa dénomination particulière». L'article 6 de la convention dispose que «[t]out Etat a la capacité de conclure des traités».

[63] Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1974, annexe, article premier (les italiques sont de moi).

Testifying to such a nature of the recognition of independence of the Yugoslav federal units is the linkage of recognition with practical political aims. The United States-European Community Declaration on the recognition of the Yugoslav republics states *inter alia*:

> "The Community and its member States and the United States have agreed to coordinate their approaches to completing the process of recognizing those Yugoslav republics that seek independence.
>
> . . . . . .
>
> (i) that the United States will, in this context, give rapid and positive consideration to the requests for recognition by Croatia and Slovenia *in such a way as to support the dual-track approach based on the deployment of the UN peacekeeping force and the European Community Peace Conference chaired by Lord Carrington.*
>
> (ii) that positive consideration should be given to the requests for recognition of the other two republics, contingent on the resolution of the remaining European Community questions relating to those two republics. In this context, they strongly urge all parties in Bosnia-Herzegovina to adopt without delay constitutional arrangements that will provide for a peaceful and harmonious development of this republic within its existing borders. The Community and its member States and the United States also agree strongly to oppose any effort to undermine the stability and territorial integrity of those two republics."

In connection with the recognition of Bosnia and Herzegovina as an independent State within the administrative boundaries of the former federal unit, at least two conclusions have to be drawn:

(a) phenomenologically, in this case, the recognition of Bosnia and Herzegovina did not follow the natural logic of the legal process of recognition, namely, that it should be a passive acknowledgment of the establishment of the State. In the case of Bosnia and Herzegovina, the recognition, as testified to by developments, was one of the instruments for the establishment of Bosnia and Herzegovina as a State within its administrative boundaries. The recognizing States, by recognizing Bosnia and Herzegovina, actually demonstrated their intention to create it or to participate in its creation;

(b) legally, the recognition of Bosnia and Herzegovina within its administrative boundaries represented the recognition of a non-existent State. It was granted exclusively on the basis of political considerations since, at the moment of recognition, Bosnia and Herzegovina did not fulfil the minimum requirements for recognition as a new State.

Le lien établi entre la reconnaissance et certaines fins politiques concrètes atteste que la reconnaissance de l'indépendance des entités fédérales yougoslaves avait bien un tel caractère. La déclaration des Etats-Unis d'Amérique et de la Communauté européenne sur la reconnaissance des républiques yougoslaves stipule notamment:

> «La Communauté et ses Etats membres et les Etats-Unis sont convenus de coordonner la manière dont ils envisagent d'achever les processus de reconnaissance des républiques yougoslaves demandant l'indépendance.
>
> . . . . . .
>
> i) que les Etats-Unis, dans ce contexte, examineront rapidement et dans un esprit positif les demandes de reconnaissance de la Croatie et de la Slovénie *de manière à soutenir la double approche fondée sur le déploiement de la force de paix des Nations Unies et la conférence de paix de la Communauté européenne, présidée par lord Carrington*;
>
> ii) qu'il convient d'examiner dans un esprit positif les demandes de reconnaissance des deux autres républiques, sous réserve de la solution des questions qui subsistent au sein de la Communauté européenne à propos de ces deux républiques. A cet égard, [les signataires] engagent fermement toutes les parties en Bosnie-Herzégovine à adopter sans délai des dispositions constitutionnelles permettant un développement pacifique et harmonieux de cette république dans ses frontières actuelles. La Communauté et ses Etats membres et les Etats-Unis sont aussi convenus de s'opposer fermement à tout effort visant à porter atteinte à la stabilité et à l'intégrité territoriale de ces deux républiques.»

En ce qui concerne la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat indépendant à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale, au moins deux conclusions s'imposent:

a) phénoménologiquement, en l'espèce, la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine n'a pas suivi la logique naturelle du processus juridique de la reconnaissance, qui devrait consister à prendre acte passivement de la création de l'Etat. Dans le cas de la Bosnie-Herzégovine, la reconnaissance, comme l'attestent les événements, a été l'un des instruments utilisés pour constituer la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat à l'intérieur de ses limites administratives. En reconnaissant la Bosnie-Herzégovine, les Etats en cause ont en fait manifesté leur intention de la créer ou de participer à sa création;

b) juridiquement, la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine à l'intérieur de ses limites administratives constituait la reconnaissance d'un Etat non existant. Elle a été accordée uniquement pour des raisons politiques puisque, au moment où elle est intervenue, la Bosnie-Herzégovine ne satisfaisait pas aux critères minimums pour être reconnue en tant que nouvel Etat.

Moreover, having in mind the importance of self-determination of peoples as a criterion in the decision regarding statehood[64], it may be concluded that the admission of Bosnia and Herzegovina to the United Nations was an act of diplomacy which runs counter to the established practice of the Organization in that regard.

SECOND PRELIMINARY OBJECTION

27. The position of the Court regarding the second preliminary objection raised by Yugoslavia is based on two premises:

(i) that it "does not, in order to rule on that objection, have to consider the provisions of domestic law which were invoked in the course of the proceedings either in support of or in opposition to that objection", since "[a]ccording to international law, there is no doubt that every Head of State is presumed to be able to act on behalf of the State in its international relations", and

(ii) that, "Mr. Izetbegović was recognized, in particular by the United Nations, as the Head of State" and that "his status as Head of State continued subsequently to be recognized in many international bodies and several international agreements" (Judgment, para. 44).

My views on the matter are very different. The Application like that of Bosnia and Herzegovina instituting proceedings before the Court constitutes a typical unilateral act of the State producing legal consequences for the mutual relations among the parties to the Genocide Convention. Hence the Court is authorized to consider the relevant provisions of Bosnia and Herzegovina's constitutional law, as well as other cases in which the application of a norm of international law was dependent upon internal law) (*exempli causa*, the *Western Griqualand Diamond Deposits* case (1871) (*2 Recueil des arbitrages internationaux 1856-72*, pp. 676-705 (1923)); *Cleveland Award* (1888) (2 Moore, *International Arbitrations 1945-68)*; the case concerning *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* (1932) *(P.C.I.J., Series A/B, No. 46)*; the *Fisheries* case (*I.C.J. Reports 1951*, pp . 125-126); the *Nottebohm* case (*I.C.J. Reports 1955*, p. 4); the case concerning the *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants* (*I.C.J. Reports 1958*, pp. 62-66), etc.). In other words, this is not a case of conflict between internal and international law, as, *exempli causa*, in the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* or *S.S. "Wimbledon"* cases, but a matter in which these two laws are in co-ordination, dependent on each other.

In concreto, Yugoslavia claims that Mr. A. Izetbegović could not have issued an authorization for instituting proceedings before the Court in the present case since:

[64] J. Dugard, *Recognition and the United Nations*, 1987, p. 79.

En outre, compte tenu de l'importance du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en tant que critère dans la décision concernant la qualité d'Etat[64], on peut conclure que l'admission de la Bosnie-Herzégovine à l'Organisation des Nations Unies a été un acte diplomatique qui allait à l'encontre de la pratique établie de l'Organisation à cet égard.

DEUXIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

27. La position de la Cour concernant la deuxième exception préliminaire de la Yougoslavie repose sur deux prémisses:

i) elle «n'a pas, pour se prononcer sur cette exception, à examiner les dispositions de droit interne qui ont été invoquées à l'appui ou à l'encontre de ladite exception au cours de la procédure», étant donné que «[c]onformément au droit international, il ne fait pas de doute que tout chef d'Etat est présumé pouvoir agir au nom de l'Etat dans ses relations internationales», et
ii) «M. Izetbegović avait été reconnu, en particulier par l'Organisation des Nations Unies, comme étant le chef d'Etat» et sa «qualité de chef d'Etat a continué de lui être reconnue dans de nombreuses enceintes internationales par la suite et plusieurs accords internationaux» (arrêt, par. 44).

Mes vues sur ce point sont très différentes. La requête introductive d'instance, comme celle de la Bosnie-Herzégovine, constitue un acte unilatéral typique de l'Etat qui produit des conséquences juridiques dans les relations mutuelles entre les parties à la convention sur le génocide. C'est pourquoi la Cour est autorisée à prendre en considération les dispositions pertinentes du droit constitutionnel de la Bosnie-Herzégovine, ainsi que d'autres affaires dans lesquelles l'application d'une norme du droit international était subordonnée au droit interne (par exemple l'affaire des *Gisements diamantifères du Griqualand occidental*, 1871 (*Recueil des arbitrages internationaux*, 1856-1872, vol. 2, p. 676-705 (1923)); la *Sentence Cleveland* (1888) (Moore, *International Arbitrations 1945-1968*, vol. 2); l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, 1932 (*C.P.J.I. série A/B n° 46*); l'affaire des *Pêcheries* (*C.I.J. Recueil 1958*, p. 125-126); l'affaire *Nottebohm* (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 4); l'affaire de l'*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs* (*C.I.J. Recueil 1958*, p. 62-66), etc.). En d'autres termes, il ne suffit pas d'un conflit entre le droit interne et le droit international comme, par exemple, dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* ou l'affaire du *Vapeur* Wimbledon, mais d'une affaire dans laquelle ces deux droits sont en coordination et dépendent l'un de l'autre.

In concreto, la Yougoslavie affirme que M. A. Izetbegović n'a pas pu donner l'autorisation d'introduire une instance devant la Cour en la présente affaire parce que:

[64] J. Dugard, *Recognition and the United Nations*, 1987, p. 79.

(i) the issue of such authorization was not within the scope of the competence of the President of the Presidency of Bosnia and Herzegovina, and
(ii) at the relevant point in time, Mr. Izetbegović was not, according to the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the President of the Presidency.

It is indisputable that both claims are based primarily on the internal law of Bosnia and Herzegovina so that diagnosing solutions established by the constitutional law of Bosnia and Herzegovina with respect to both questions is essential, albeit in different ways, for the application of the relevant norms of international law. This is indirectly recognized by Bosnia and Herzegovina itself in its request to the Court to:

> "take cognizance of the following facts which establish that President Izetbegović *was duly appointed President* of the Presidency of Bosnia and Herzegovina and that *he exercised his functions in accordance with the relevant constitutional procedures*"[65].

In the point under (i) the relevant general legal principle as expressed in Article 46 of the Convention on the Law of Treaties (1969) seeks to strike a relative balance between international and internal law in the form of a modified internationalistic theory (Head of State Theory). The only way for the Court to decide whether this general legal principle is applicable in this specific case is by entering into an examination of the internal law of Bosnia and Herzegovina with a view to establishing whether, when Mr. Izetbegović granted the authorization to institute proceedings before the Court the internal law of Bosnia and Herzegovina was violated.

The point under (ii) also cannot be resolved without an examination of the internal law of Bosnia and Herzegovina.

There is no denying, as is noted by Bosnia and Herzegovina, that "[n]o rule of international law . . . requires the structure of a State to follow any particular pattern"[66]. It is also beyond dispute that international law, being sovereign and independent of internal law, determines the circle of persons that represent the State in international affairs (this holds good regardless of the fact that the circle of persons representing the State *in foro externo* is determined on the basis of virtually identical constitutional regulations). However, *sedes materiae* the point under (ii) raised in the second preliminary objection *does not question the right of Mr. Alija Izetbegović, as Head of State, and in conformity with international law, to issue an authorization for the institution of proceedings before the Court but rather questions whether Mr. Izetbegović was, at the relevant point in time, i.e., at the time of issuing of the authorization in question,*

[65] Statement of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina, p. 42.
[66] Case concerning the *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 43.

i) il n'entrait pas dans les attributions du président de la présidence de Bosnie-Herzégovine de donner une telle autorisation et, parce que,

ii) à la date pertinente, M. Izetbegović n'était pas, selon la Constitution de Bosnie-Herzégovine, président de la présidence.

Il est incontestable que ces deux arguments reposent principalement sur le droit interne de Bosnie-Herzégovine de telle manière que rechercher les réponses que le droit constitutionnel de Bosnie-Herzégovine apporte à ces deux questions est essentiel, quoique de manière différente, pour l'application des normes pertinentes du droit international. La Bosnie-Herzégovine elle-même le reconnaît indirectement lorsqu'elle demande à la Cour de:

> «prendre connaissance des faits qui suivent, lesquels établissent que le président Izetbegović *a été régulièrement nommé président* de la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine et qu'*il exerçait ses fonctions conformément aux procédures constitutionnelles pertinentes*»[65].

S'agissant du point i), le principe général de droit énoncé à l'article 46 de la convention sur le droit des traités (1969) vise à réaliser un équilibre relatif entre droit international et droit interne sous la forme d'une théorie internationaliste modifiée (théorie du chef de l'Etat). La seule manière pour la Cour de décider si ce principe juridique général est applicable en l'espèce est d'examiner le droit interne de Bosnie-Herzégovine pour établir si, lorsque M. Izetbegović a accordé l'autorisation d'introduire une instance devant la Cour, le droit interne de Bosnie-Herzégovine a été violé.

Le point ii) ne peut non plus être tranché sans un examen du droit interne de la Bosnie-Herzégovine.

On ne peut nier, comme le note la Bosnie-Herzégovine, qu'«[a]ucune règle du droit international ... n'exige que la structure d'un Etat ait une forme particulière»[66]. Il est également incontestable que le droit international, étant souverain et indépendant du droit interne, détermine le cercle des personnes qui représentent l'Etat dans les relations internationales (cela vaut même si le cercle des personnes représentant l'Etat *in foro externo* est déterminé sur la base de dispositions constitutionnelles pratiquement identiques). Toutefois, *sedes materiae*, l'argument ii) formulé dans la deuxième exception préliminaire *ne conteste pas le droit de M. Alija Izetbegović, en sa qualité de chef d'Etat, et conformément au droit international, de donner l'autorisation d'introduire une instance devant la Cour, mais conteste que M. Izetbegović ait été le chef de l'Etat à la date pertinente, c'est-à-dire au moment où il a donné l'autorisation en question.*

[65] Exposé du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine, p. 42.
[66] *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 43.

the Head of State. The only way to answer this question raised in the second preliminary objection is by examining the internal, constitutional law of Bosnia and Herzegovina. *A contrario*, the relevant norm of international law would be the one determining not only the pattern of the structure of a State but also the modalities of the Constitution and the duration of that structural pattern.

28. On the second day of the hearing regarding the first request for the indication of provisional measures, the Agent of Bosnia and Herzegovina pointed out *inter alia* that:

> "*President Izetbegović personally accredited* . . . Ambassador Sacirbey, who appeared before you yesterday, and me as General Agents with Extraordinary and Plenipotentiary Powers to the Court on behalf of Bosnia and Herzegovina."[67]

That the statements of the then Agent of Bosnia and Herzegovina correspond to the factual situation is confirmed by the text of the act on the appointment of

> "H.E. Muhamed Sacirbey, our Ambassador and Permanent Representative to the United Nations, and Francis A. Boyle, Professor of International Law at the University of Illinois College . . . to be our General Agents with Extraordinary and Plenipotentiary Powers to institute, conduct and defend against any and all legal proceedings on our behalf before the International Court of Justice."

The text of this act was signed, as stated in the act, by "Alija Izetbegović, President of the Republic of Bosnia and Herzegovina". The title "President of the Republic of Bosnia and Herzegovina" indicates unequivocally the personal nature of President Izetbegović's accreditation — particularly so as, contrary to the practice of the Presidency of Bosnia and Herzegovina, it is not stated in the text that it is an act of the Presidency[68]. The fact that the act was written "on the official stationery of the Presidency" cannot, in my opinion, be taken as proof that the act was issued in the name of the Presidency of Bosnia and Herzegovina. The use of official stationery is only prima facie grounds for the assumption that what is written on it is an act of the organ whose name appears in the heading. The assumption is refutable as official stationery is only the external sign of identification of its owner, incorporates the decision of

[67] CR 93/13, p. 38 (emphasis added).

[68] *Exempli causa*, the Decree on the change of name of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina (Statement of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina on Preliminary Objections, Annexes, Vol. I, Ann. 2.12) was issued by the "Presidency of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina at a session held on April 8, 1992", and signed by the "President of the Presidency of SR B-H Alija Izetbegović". An identical example is the Decision on the proclamation of an imminent threat of war passed on the same day, as well as all the other published acts of the Presidency of Bosnia and Herzegovina.

La seule manière de répondre à la question soulevée dans la deuxième exception préliminaire est d'examiner le droit interne constitutionnel de Bosnie-Herzégovine. *A contrario*, la norme pertinente du droit international serait celle déterminant non seulement la structure d'un Etat mais aussi les modalités de la constitution et la durée de vie de cette structure.

28. Au deuxième jour des audiences consacrées à la première demande en indication de mesures conservatoires, l'agent de Bosnie-Herzégovine a notamment souligné ce qui suit:

> «*Le président Izetbegović a personnellement accrédité* M. Sacirbey, qui a comparu devant vous hier, et moi-même en tant qu'agents extraordinaires et plénipotentiaires de la Bosnie-Herzégovine auprès de la Cour.»[67]

Que les déclarations de celui qui était alors l'agent de la Bosnie-Herzégovine correspondent aux faits est confirmé par le texte de l'acte de nomination de

> «Son Excellence Muhamed Sacirbey, notre ambassadeur et représentant permanent auprès de l'Organisation des Nations Unies, et Francis A. Boyle, professeur de droit international à l'Université d'Illinois ... comme agents généraux dotés de pouvoirs extraordinaires et plénipotentiaires afin qu'en notre nom ils introduisent une instance et défendent nos intérêts devant la Cour internationale de Justice.»

Le texte de cet acte était signé, comme indiqué dans l'acte, par «Alija Izetbegović, président de la République de Bosnie-Herzégovine». Le titre «président de la République de Bosnie-Herzégovine» indique sans équivoque le caractère personnel de l'accréditation du président Izetbegović — d'autant plus que, contrairement à la pratique de la présidence de Bosnie-Herzégovine, il n'est pas indiqué dans le texte qu'il s'agit d'un acte de la présidence[68]. Le fait que cet acte ait été rédigé «sur le papier à en-tête officiel de la présidence» ne saurait à mon avis prouver que l'acte a été accompli au nom de la présidence de Bosnie-Herzégovine. L'utilisation du papier à en-tête officiel n'est qu'une indication *prima facie* qui permet de supposer que ce qui est écrit sur ce papier est un acte de l'organe dont le nom figure dans l'en-tête. Cette supposition est réfutable car le papier à en-tête officiel n'est que le signe d'identification extérieur de l'auteur et

[67] CR 93/13, p. 38 (les italiques sont de moi).

[68] Par exemple, le décret sur le changement du nom de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine (déclaration du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine sur les exceptions préliminaires, annexes, vol. I, annexe 2.12) a été pris par «la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine lors d'une réunion tenue le 8 avril 1992», et signé par le «président de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, Alija Izetbegović». La décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre adoptée le même jour, ainsi que tous les autres actes publiés par la présidence de Bosnie-Herzégovine, sont des exemples identiques.

the organ as well, and depends on whether in each concrete case the formal and material conditions for issuing the act written on the official stationery have been met. *A contrario* it would be absurd to assume that every text written on the official stationery of an organ constitutes *ipso facto* an act of that organ.

In concreto, the question may be posed whether the stationery on which Mr. Izetbegović gave the authorization for instituting proceedings before the Court is without any doubt the only official stationery of the Presidency of the Republic of Bosnia and Herzegovina. The grounds for raising this question are provided by the fact that the word "Presidency" on the stationery heading is found underneath the name of the State — "Republic of Bosnia and Herzegovina" — and above the word "President". The word "Presidency" can also be taken to indicate the headquarters of the President, particularly as Mr. Izetbegović is described as the "President of the Republic of Bosnia and Herzegovina". The name of the collective Head of State, according to the Constitution of Bosnia and Herzegovina, is not the "Presidency" but the "Presidency of the Republic of Bosnia and Herzegovina"[69].

Of particular importance is the fact that in contravention of Article 10 of the Operating Procedure of the Presidency and its customary practice, the letter signed by Mr. Alija Izetbegović does not feature any stamp (either the small or the large one) of the Presidency of Bosnia and Herzegovina.

These several points provide convincing evidence that in this concrete case we are dealing with a "personal accreditation" by Mr. Izetbegović.

Was President Izetbegović authorized on the basis of the internal law of the Applicant to personally accredit a "General Agent with extraordinary and plenipotentiary powers to the Court"?

29. The function of the "President of the Republic of Bosnia and Herzegovina" is not established by the Constitution of Bosnia and Herzegovina. Chapter X of the Constitution speaks of the "Presidency of the Republic of Bosnia and Herzegovina" as the organ "representing the Republic of Bosnia and Herzegovina"[70]. The Presidency of the Republic of Bosnia and Herzegovina is the collective Head of State "that operates and decides collectively at meetings and bears collective responsibility for its work"[71].

The Presidency of the Republic of Bosnia and Herzegovina taken as a whole, as a collegium, is the organ of representation according to the Constitution. The President of the Presidency as the *primus inter pares* does not exercise any independent political powers. The enactments within the terms of reference of the Presidency of the Republic of Bosnia

[69] Chapter X of the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

[70] Article 219 (1) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina.

[71] Article 3 of the Rules of Procedure of the Presidency of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina, *Official Gazette of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina*, No. 36 (1990).

sert en outre de support à la décision de l'organe, et elle sera vérifiée dans chaque cas concret selon que les conditions formelles et matérielles régissant l'adoption de l'acte rédigé sur le papier à en-tête ont été satisfaites. Il serait *a contrario* absurde de supposer que tout texte écrit sur le papier à en-tête officiel d'un organe constitue *ipso facto* un acte de cet organe.

In concreto, on peut se demander si le papier à en-tête sur lequel M. Izetbegović a donné l'autorisation d'introduire une instance devant la Cour est sans aucun doute le seul papier à en-tête officiel de la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine. Cette question est légitime parce que le mot «présidence» figurant dans l'en-tête se trouve sous le nom de l'Etat — «République de Bosnie-Herzégovine» — et au-dessus du mot «président». Le mot «présidence» peut aussi être pris dans le sens de bureau du président, étant donné en particulier que M. Izetbegović est qualifié de «président de la République de Bosnie-Herzégovine». Le nom de la direction collective de l'Etat aux termes de la Constitution de Bosnie-Herzégovine n'est pas «présidence» mais «présidence de la République de Bosnie-Herzégovine»[69].

Il est particulièrement important que, contrairement aux dispositions de l'article 10 du règlement intérieur de la présidence et à la pratique habituelle de celle-ci, la lettre signée par M. Alija Izetbegović ne porte aucun des sceaux (ni le petit ni le grand) de la présidence de Bosnie-Herzégovine.

Ces différents points attestent de manière convaincante qu'en l'occurrence on a affaire à une «accréditation personnelle» de M. Izetbegović.

Le président Izetbegović était-il autorisé par le droit interne de la partie demanderesse à accréditer un «agent extraordinaire et plénipotentiaire auprès de la Cour»?

29. La fonction du «président de la République de Bosnie-Herzégovine» n'est pas établie par la Constitution de Bosnie-Herzégovine. Le chapitre X de la Constitution évoque la «présidence de la République de Bosnie-Herzégovine» comme l'organe «représentant la République de Bosnie-Herzégovine»[70]. La présidence de la République de Bosnie-Herzégovine est la direction collective de l'Etat «qui agit et décide collectivement dans le cadre de réunions et est collectivement responsable de ses actes»[71].

La présidence de la République de Bosnie-Herzégovine prise collectivement, en tant que collège, est aux termes de la Constitution l'organe de représentation. Le président de la présidence, en tant que *primus inter pares*, n'exerce aucun pouvoir politique indépendant. Les actes relevant des attributions de la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine

[69] Chapitre X de la Constitution de Bosnie-Herzégovine.

[70] Article 219, paragraphe 1, de la Constitution de Bosnie-Herzégovine.

[71] Article 3 du règlement intérieur de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 36, 1990.

and Herzegovina (decrees, decisions and conclusions as well as regulations with the effect of law in cases stipulated by the Constitution) are adopted by the Presidency of the Republic of Bosnia and Herzegovina as a whole[72].

The President of the Presidency, on behalf of the Presidency, represents the Presidency[73]. Of particular interest among the functions of the President of the Presidency listed in Article 22 of the Operating Procedure is the function to "sign acts passed by the Presidency".

Consequently, Mr. Izetbegović, as the President of the Presidency, was not authorized to "personally accredit[ed] . . . [a] General Agent with Extraordinary and Plenipotentiary Powers to the Court on behalf of Bosnia and Herzegovina".

30. Yugoslavia claims in its previous objection that at the time at which the authorization for instituting proceedings before the Court was issued (20 March 1993), Mr. Izetbegović "did not serve as the President of the Republic" and that the "authorization for the initiation and conduct of proceedings was granted in violation of rules of internal law of fundamental significance"[74].

Bosnia and Herzegovina, on the other hand, finds that

> "on 20 March 1993, the time of filing of the present case in the International Court of Justice, the President of the Presidency exercised their functions lawfully, in accordance with the relevant constitutional provisions, including those relating to a state of war or emergency. As President of the Presidency, President Izetbegović is legally entitled to represent the Republic of Bosnia and Herzegovina internationally in this matter."[75]

The dispute is over the question whether Mr. Izetbegović could have performed the function of President of the Presidency *ex constitutione* after 20 December 1992. It is indisputable that Mr. A. Izetbegović assumed the function of President of the Presidency of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina in December 1990, in conformity with the relevant constitutional provisions. The term of office was extended by a year, also in conformity with Amendment LI (para. 4, point 6) to the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina which stipulated:

> "The President of the Presidency is elected by the Presidency from among its members for a period of one year and he may be re-elected for another, consecutive year on one occasion."

The Constitution therefore prohibited the exercise of the function of the President of the Presidency for more than two years or two consecutive

---

[72] Article 49 of the Operating Procedure.
[73] Article 21 of the Operating Procedure.
[74] Preliminary Objections of Yugoslavia, p. 141, para. A.2.
[75] Statement of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina on Preliminary Objections, p. 47, para. 2.19.

(décrets, décisions et conclusions ainsi que règlements ayant force de loi dans les cas prévus par la Constitution) sont adoptés par la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine dans son ensemble[72].

Le président de la présidence, au nom de la présidence, représente cette dernière[73]. D'un intérêt particulier parmi les fonctions du président de la présidence énumérées à l'article 22 du règlement intérieur est la fonction consistant à «signer les actes adoptés par la présidence».

En conséquence, M. Izetbegović, en tant que président de la présidence, n'était pas autorisé à «accréditer personnellement ... un agent extraordinaire et plénipotentiaire de la Bosnie-Herzégovine auprès de la Cour».

30. La Yougoslavie fait valoir dans sa précédente exception préliminaire qu'à l'époque où l'autorisation d'introduire une instance devant la Cour a été donnée (le 20 mars 1993), M. Izetbegović «n'occupait pas les fonctions de président de la République» et que «l'autorisation d'introduire et de conduire une instance a été accordée en violation d'une règle de droit interne d'importance fondamentale»[74].

La Bosnie-Herzégovine, d'autre part, estime que

> «le 20 mars 1993, date à laquelle la présente instance a été introduite devant la Cour internationale de Justice, le président et la présidence exerçaient légalement leurs fonctions, conformément aux dispositions pertinentes de la Constitution, y compris celles relatives à l'état de guerre ou d'urgence. En sa qualité de président de la présidence, le président Izetbegović est légalement habilité à représenter internationalement la République de Bosnie-Herzégovine dans cette affaire.»[75]

Il y a désaccord sur le point de savoir si M. Izetbegović aurait pu exercer les fonctions de président de la présidence *ex constitutione* après le 20 décembre 1992. Il est indiscutable que M. A. Izetbegović assumait les fonctions de président de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine en décembre 1990, conformément aux dispositions constitutionnelles applicables. Son mandat a été prorogé d'un an, conformément à l'amendement LI (par. 4, point 6) de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, qui disposait:

> «Le président de la présidence est élu par la présidence parmi ses membres pour une période de un an et il est rééligible une seule fois pour une année supplémentaire.»

La Constitution interdisait donc à quiconque d'exercer les fonctions de président de la présidence pendant plus de deux ans ou pour plus de deux

[72] Article 49 du règlement intérieur.
[73] Article 21 du règlement intérieur.
[74] Exceptions préliminaires de la Yougoslavie, p. 141, par. A.2.
[75] Exposé du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine sur les exceptions préliminaires, p. 47, par. 2.19.

terms. This prohibition was absolute in the original text of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina as, in respect to the President of the Presidency, no exceptions were envisaged even in the case of a "state of war or imminent threat of war". That such an interpretation is correct is corroborated by Article 358 of the Constitution:

> "In the event of a state of war or imminent threat of war *the mandate of the Members of the Presidency of SR B-H shall be continued until such time as the conditions for election of the new Members of the Presidency are met.*" (Emphasis added.)

The prohibition was modified by Amendment LI (par. 4 (8)) to the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina according to which:

> "In the event of a state of war or imminent threat of war, the mandate of Members of the Presidency and the President shall be continued until such time as the conditions for election of new Members of the Presidency are met."[76]

This amendment extends *ratione personae* the range of the exception established for members of the Presidency by Article 358 of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina to include the President of the Presidency. The main elements of the solutions contained in Amendment LI are:

(a) the continuation of the term of office is linked to the eventuality of a "state of war or imminent threat of war";
(b) the prohibition of a third consecutive mandate is not abolished, but the continuation of a mandate is envisaged in the cited cases;
(c) the continuation of the mandate is limited by appropriate "conditions for the election of new Members of the Presidency", not by the termination of the "state of war or imminent threat of war".

Bosnia and Herzegovina also refers to Article 220 of the Consolidated Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina adopted on 24 February 1993, which reads:

> "In the event of war or a state of emergency, the mandate of the Members of the Presidency and of the President shall be continued until such time as the conditions for new elections for the Presidency are met."

In my opinion, the consolidated text of the Constitution cannot, in this particular case, be accepted as a relevant legal basis.

More particularly, a consolidated text in Yugoslav constitutional practice was a strictly legal-technical procedure whereby the text of a norma-

[76] *Official Gazette of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina*, No. 13 of 21 April 1989, p. 338.

mandats consécutifs. Cette interdiction était absolue dans le texte originaire de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine car, en ce qui concerne le président de la présidence, aucune exception n'était envisagée même en cas d'«état de guerre ou de menace imminente de guerre». L'article 358 de la Constitution confirme une telle interprétation:

> «En cas d'état de guerre ou de menace imminente de guerre le mandat des membres de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine est prorogé jusqu'à ce que les conditions permettant l'élection de nouveaux membres de la présidence soient réunies.

Cette interdiction a été modifiée par l'amendement LI (par. 4, point 8) de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, aux termes duquel:

> «En cas d'état de guerre ou de menace imminente de guerre *le mandat des membres de la présidence et du président sont prorogés jusqu'à ce que les conditions nécessaires pour l'élection de nouveaux membres de la présidence soient réunies.*»[76]

Cet amendement étend la portée *ratione personae* de l'exception établie au profit des membres de la présidence par l'article 358 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine au président de la présidence. Les principaux éléments des solutions consacrées dans l'amendement LI sont les suivants:

a) la prorogation du mandat est liée à l'éventualité d'un «état de guerre ou d'une menace imminente de guerre»;
b) l'interdiction d'un troisième mandat consécutif n'est pas abolie, mais la prorogation d'un mandat en cours est envisagée dans les cas prévus;
c) la prorogation du mandat est limitée par les «conditions permettant l'élection de nouveaux membres de la présidence», non par la cessation de l'«état de guerre ou [de la] menace imminente de guerre».

La Bosnie-Herzégovine invoque aussi l'article 220 de la Constitution consolidée de la République de Bosnie-Herzégovine adopté le 24 février 1993, qui est ainsi libellé:

> «En cas de guerre ou d'état d'urgence, le mandat des membres de la présidence et du président sont prorogés jusqu'à ce que les conditions nécessaires à de nouvelles élections à la présidence soient réunies.»

A mon avis, le texte consolidé de la Constitution ne peut, en l'occurrence, être accepté comme fondement juridique pertinent.

Plus particulièrement, dans la pratique constitutionnelle yougoslave, l'élaboration d'un texte consolidé était une procédure de pure technique

[76] *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 13, du 21 avril 1989, p. 338.

tive act, the Constitution or laws, was adjusted to its purpose and to the requirements of practical implementation. It excluded even minor material-legal changes in the text of the act and was for the most part reduced to a procedure of renumeration of segments of the normative act. Hence, in Yugoslav constitutional practice, the consolidated text of a normative act could not be referred to in formal proceedings including court proceedings.

In comparison with the contents of Amendment LI, Article 220 of the consolidated text of the Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina constitutes a modification of the Constitution. The prolongation of the term of office of the Members and the President of the Presidency in Amendment LI (para. 4 (8)) is linked to a case "of war or imminent threat of war" whereas in Article 220 of the consolidated text the basis for the prolongation is a case "of war or a state of emergency". Hence, it may be concluded that the form of consolidation of the text actually conceals a modification of the Constitution.

The Presidency of Bosnia and Herzegovina, as stated in the preamble to the Constitution, adopted a decision to establish a consolidated text of the Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina, and was not authorized by the Constitution to effect any changes to the Constitution, this being within the exclusive competence of the Assembly of Bosnia and Herzegovina[77]. The Presidency as well as the Government of the Republic, each of the Assembly Chambers and at least 30 Assembly Deputies, appear as the only possible proponents of proposals to amend the Constitution[78]. Changes in the Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina may only be made in the form of Constitutional Amendments or Constitutional Laws[79].

It follows from the above that Article 220 of the Consolidated Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina, in the section in which the continuation of the term of office of Members and the President of the Presidency is linked also to a "state of emergency", constitutes a modification of the Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina, and that the change was effected, both formally and materially, *contra constitutionem*.

31. Consequently, what remains to be seen is whether, in the light of the provisions of Article 358 of the Bosnia and Herzegovina Constitution as amended by Amendment LI (4 (8)), the established conditions had been met for the continuation of the mandate of the President of the Presidency of the Republic of Bosnia and Herzegovina after 20 December 1992, i.e., after the expiry of his second consecutive term.

The relevant provision of Bosnia and Herzegovina's Constitution stipulated that the "mandate of the President shall be continued" in the event

[77] Article 268 (3), (4) of the Constitution.
[78] Article 268 (1) of the Constitution.
[79] Article 268 (5) of the Constitution.

juridique permettant d'ajuster un texte normatif, la constitution ou une loi, en fonction de son objectif et des impératifs de son application concrète. Elle excluait toute modification juridique même mineure du texte et se réduisait le plus souvent à une renumérotation de ses diverses composantes. Ainsi, dans la pratique constitutionnelle yougoslave, le texte consolidé d'un acte normatif ne pouvait être invoqué dans le cadre d'une procédure officielle, notamment une procédure judiciaire.

Comparé à l'amendement LI, l'article 220 du texte consolidé de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine apporte une modification à la Constitution. La prorogation du mandat des membres et du président de la présidence est liée par l'amendement LI (par. 4, point 8) à la «guerre ou une menace imminente de guerre» alors qu'à l'article 220 du texte consolidé, le motif de la prorogation est la «guerre ou l'état d'urgence». On peut donc conclure que la consolidation du texte dissimule en fait une modification de la Constitution.

La présidence de Bosnie-Herzégovine, comme indiqué dans le préambule de la Constitution, a adopté une décision aux fins d'établir un texte consolidé de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine et elle n'était pas autorisée par la Constitution à apporter une modification à cette dernière, l'Assemblée de Bosnie-Herzégovine étant exclusivement compétente pour ce faire[77]. La présidence ainsi que le gouvernement de la République, chacune des chambres de l'Assemblée et au moins trente membres de l'Assemblée semblent être seuls habilités à proposer des amendements à la Constitution[78]. Les modifications de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine doivent prendre la forme d'amendements ou de lois constitutionnelles[79].

Il découle de ce qui précède que l'article 220 de la Constitution consolidée de la République de Bosnie-Herzégovine, en ce qu'il lie la prorogation du mandat des membres et du président de la présidence à un «état d'urgence» également, constitue une modification de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine, et cette modification a été effectuée, du point de vue tant de la forme que du fond, *contra constitutionem*.

31. En conséquence, il reste à déterminer si, eu égard aux dispositions de l'article 358 de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine telle que modifiée par l'amendement LI (par. 4, point 8), les conditions prescrites pour la prorogation du mandat du président de la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine après le 20 décembre 1992, c'est-à-dire après l'expiration de son second mandat consécutif, étaient réunies.

La disposition pertinente de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine disposait que le «mandat du président sera prorogé» en cas de «guerre

[77] Article 268, paragraphes 3 et 4, de la Constitution.
[78] Article 268, paragraphe 1, de la Constitution.
[79] Article 268, paragraphe 5, de la Constitution.

of "war or imminent threat of war". In other words, "war or imminent threat of war" constituted the material, constitutional basis for the automatic continuation of the mandate of the President of the Presidency.

The fulfilment of this requirement *ex constitutione* implies that the decision on the existence of "war or imminent threat of war" was taken by the competent organ in line with established constitutional procdure.

32. The Presidency of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina, at its session of 8 April 1992, passed a "Decision on the proclamation of an imminent threat of war" in the territory of Bosnia and Herzegovina. The decision was taken, as stated in the preamble

> "in conformity with the provisions of Amendments LI and LXXII to the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina and upon the proposal of the Assembly of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina".

It follows from this statement:

(a) that the "Decision" was taken upon the proposal of the Assembly of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina, and,
(b) that the Presidency took the "Decision" on the basis of Amendments LI and LXXII to the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina.

33. The competences of the Assembly of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina were established by Article 314 of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina (see para. 36 below). The unequivocal conclusion to be drawn from the text of that Article is that the submission of the proposal on the proclamation of the imminent threat of war was not within the terms of reference of the Assembly of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina. Article 314 was modified by Amendment LXXI adopted on 31 July 1990. In the part relating to the competences of the Assembly adopted at a joint session of all the Assembly Chambers, the Amendment stipulated:

> "5. The Chambers of the Assembly of SR B-H at their joint session may:
>
> — decide on changes to the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina;
> — proclaim the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina and any changes thereto;
> — make proposals, express opinions and approve any changes to the Constitution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia;
>
> — approve changes to the borders of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia;

ou menace imminente de guerre». En d'autres termes, la survenance d'une «guerre ou menace imminente de guerre» constituait le fondement constitutionnel de la prorogation automatique du mandat du président de la présidence.

La satisfaction de cette condition *ex constitutione* impliquait que la décision relative à l'existence d'une «guerre ou menace imminente de guerre» soit prise par l'organe compétent conformément à la procédure constitutionnelle établie.

32. La présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, lors de sa réunion du 8 avril 1992, a adopté une «décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre» dans le territoire de la Bosnie-Herzégovine. Cette décision a été prise, comme indiqué dans le préambule,

> «conformément aux dispositions des amendements LI et LXXII à la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine et sur la proposition de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine».

Il ressort de cette indication:

a) que la «décision» a été prise sur la proposition de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine; et
b) que la présidence a pris cette «décision» sur la base des amendements LI et LXXII à la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine.

33. Les compétences de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine ont été définies par l'article 314 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine (voir ci-après par. 36). La conclusion sans équivoque qui découle du texte de cet article est qu'il n'entrait pas dans les attributions de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine de présenter une proposition sur la proclamation d'une menace imminente de guerre. L'article 314 a été modifié par l'amendement LXXI adopté le 31 juillet 1990. Les dispositions de cet amendement relatives aux compétences de l'Assemblée siégeant en session plénière, toutes chambres réunies, étaient ainsi libellées:

> «5. Les chambres de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine réunies en session plénière peuvent:
>
> — décider de modifier la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;
> — proclamer la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine et toute modification apportée à celle-ci;
> — faire des propositions, exprimer des avis et approuver des modifications à la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie;
> — approuver des modifications des frontières de la République fédérative socialiste de Yougoslavie;

— decide on modifications of the borders of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina;
— review foreign policy issues;
— decide on the prolongation of the mandates of deputies to the Assembly of SR B-H and those of aldermen serving in the assemblies of the communes and assemblies of municipalities;
— pass the social plan of Bosnia and Herzegovina, the budget and final accounts of the budget of SR B-H;

— call a Republic-wide referendum;
— decide on the floating of Republic-wide public lons;

— decide on debts or other obligations of the Republic;
— decide on whether to entrust affairs within the competence of the Republic to a municipal community as a separate socio-political community;
— elect and relieve of office: the President and Vice-President of the Assembly of SR B-H; the member of the Presidency of SFRY from SR B-H; the President, Vice-President and members of the Government of SR B-H; the President and Judges of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina; the President and Judges of the Supreme Court of Bosnia and Herzegovina; the President and members of the working bodies of the Assembly of SR B-H;

— elect and relieve of office members of the Delegation of the Assembly of SR B-H in the Chamber of Republics and Provinces of the Assembly of SFRY;

— appoint and relieve of office: ministers; the Governor of the National Bank of Bosnia and Herzegovina; the Public Prosecutor of the Republic, the Public Attorney of the Republic and the Secretary General of the Assembly of SR B-H;
— adopt the Rules of Procedure of the Assembly of SR B-H;

The Chambers of the Assembly of SR B-H may decide to review at a joint session other matters within the common terms of reference of the Assembly of SR B-H."[80]

Consequently, the submission of the proposal to proclaim an "imminent threat of war" was not within the competence of the Assembly of the

[80] *Official Gazette of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina*, No. 21 of 31 July 1990.

— se prononcer sur des modifications des frontières de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;
— examiner des questions de politique étrangère;
— se prononcer sur la prorogation du mandat des députés à l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine et des édiles siégeant aux assemblées des communes et des municipalités;
— adopter le plan social de la Bosnie-Herzégovine, le budget et les comptes définitifs du budget de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;
— organiser un référendum à l'échelon de la République;
— se prononcer sur l'émission d'emprunts publics à l'échelle de la République;
— se prononcer sur les dettes et autres obligations de la République;
— décider s'il convient de confier les affaires relevant de la compétence de la République à une communauté municipale prise en tant que communauté sociopolitique distincte;
— élire et relever de leurs fonctions: le président et le vice-président de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine; le membre de la présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie originaire de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine; le président, le vice-président et les membres du Gouvernement de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine; le président et les juges de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine; le président et les juges de la Cour suprême de Bosnie-Herzégovine; et le président et les membres des organes de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;
— élire et relever de leurs fonctions les membres de la délégation de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine à la chambre des républiques et des provinces de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie;
— nommer et relever de leurs fonctions: les ministres, le gouverneur de la banque nationale de Bosnie-Herzégovine, le procureur de la République, l'avocat général de la République et le secrétaire général de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;
— adopter le règlement intérieur de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;

Les chambres de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine peuvent décider d'examiner en session plénière d'autres questions relevant des attributions ordinaires de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine.»[80]

Ainsi, la présentation d'une proposition tendant à la proclamation d'une «menace de guerre imminente» ne relevait pas de la compétence de

[80] *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 21, du 31 juillet 1990.

Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina exercised at a joint session of all the Assembly Chambers nor was it envisaged by the amended version of Article 314 of the Applicant's Constitution. *A fortiori*, the same conclusion applies to the competences of the Assembly exercised at sessions of individual Assembly Chambers.

34. It is only the consolidated text of the Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina that contains a provision according to which the Assembly of the Republic of Bosnia and Herzegovina, *inter alia*, "decides on war and peace"[81]. This provision, however, cannot be considered as relevant in this specific case for two main reasons. Firstly, by its nature it constitutes a revision of the Constitution carried out *contra constitutionem* in the form of a consolidation of the text of the Constitution — hence, the arguments presented in reference to Article 220 of the Consolidated Constitution apply *per analogiam* (see para. 30 above). Secondly, the Consolidated Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina was passed in February 1993, i.e., almost a year after the adoption of the "Decision on the proclamation of imminent threat of war", so that with respect to this concrete case it is irrelevant.

35. The preamble to the "Decision on the proclamation of an imminent threat of war" states, *inter alia*, that it was taken "in accordance with the provisions of Amendments LI and LXXII to the Constitution of SR B-H". In the wording of this Decision, therefore, Amendments LI and LXXII appear as a concrete constitutional basis. The contents of Amendment LXXII can hardly be linked to the "Decision on the proclamation of imminent threat of war", as this Amendment actually abrogates Amendment XVII to the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina by stipulating that: "The provisions of Amendment XVII to the Constitution of SR B-H on the Council of the Republic shall cease to be valid."[82] Prima facie, there is a link between Amendment LI and the "Decision on the proclamation of imminent threat of war", since the subject of the Amendment was the establishment of the competences of the Presidency of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina. Amendment LI stipulated that:

> "1. The Presidency of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina:
>
> (1) represents the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina;
>
> (2) reviews questions relating to the implementation of adopted policies in the areas of all peoples' defence, state security, social self-protection and international co-operation and proposes to the Assembly of SR Bosnia and Herzegovina the passage of appropriate

[81] Article 206 (5) of the consolidated text.

[82] *Official Gazette of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina*, No. 21 of 31 July 1990.

l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine en session plénière et n'était pas non plus envisagée dans la version modifiée de l'article 314 de la Constitution de la Partie requérante. A fortiori, elle ne relevait pas non plus des compétences des chambres de l'Assemblée siégeant individuellement.

34. Seul le texte consolidé de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine contient une disposition selon laquelle l'Assemblée de la République de Bosnie-Herzégovine, entre autres, «décide de la guerre et de la paix»[81]. Toutefois, cette disposition ne peut être considérée comme pertinente en l'espèce pour deux raisons principales. Premièrement, elle constitue de par sa nature une revision de la Constitution effectuée *contra constitutionem* sous la forme d'une consolidation du texte de la Constitution — donc, les arguments présentés en ce qui concerne l'article 220 du texte consolidé de la Constitution s'appliquent par analogie (voir ci-dessus par. 30). Deuxièmement, la Constitution consolidée de la République de Bosnie-Herzégovine a été adoptée en février 1993, c'est-à-dire presque un an après l'adoption de la «décision sur la proclamation d'une menace de guerre imminente», de telle sorte qu'en l'espèce elle n'est pas pertinente.

35. Le préambule de la «Décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre» stipule, notamment, que la décision a été prise «conformément aux dispositions des amendements LI et LXXII de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine». Aux termes de cette décision, donc, les amendements LI et LXXII semblent constituer un fondement constitutionnel concret. Le contenu de l'amendement LXXII ne peut guère être lié à la «décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre», car cet amendement abroge en fait l'amendement XVII de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine en ce qu'il stipule: «Les dispositions de l'amendement XVII de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine sur le Conseil de la République sont caduques.»[82] *Prima facie*, il existe une relation entre l'amendement LI et la «Décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre», puisque cet amendement avait pour objet d'établir les compétences de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine. L'amendement LI était ainsi libellé:

> «1. La présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine:
>
> 1) représente la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;
>
> 2) examine des questions relatives à la mise en œuvre des politiques adoptées en ce qui concerne la défense de tous les peuples, la sûreté de l'Etat, la protection sociale et la coopération internationale et elle propose à l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-

[81] Article 206, paragraphe 5, du texte consolidé.

[82] *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 21, du 31 juillet 1990.

measures to implement those policies and, in the event of an emergency preventing or seriously hamering the realization of the social order as established by the Constitution, proposes to the Assembly of SR Bosnia and Herzegovina the adoption of necessary measures to overcome the intervening disturbances;

(3) establishes the defence plan of the Republic and provides appropriate guide-lines in conformity with the law;

(4) in accordance with the positions and proposals of the Assembly of SR Bosnia and Herzegovina reviews matters related to the participation of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina in the establishment and implementation of the foreign policy of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, to co-operation between the Republic and other Republics and Autonomous Provinces in the area of international co-operation within the framework of the adopted foreign policy of SFRY and international treaties, and, on the basis of prior consultations within the Republic, proposes candidates for appointment as heads of diplomatic missions and informs the Presidency of SFRY and the Assembly of SR Bosnia and Herzegovina of its proposals;

(5) establishes, on the basis of prior consultations within the Republic, proposals for candidates for the appointment as President and Judges of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina;

(6) establishes on the basis of prior consultations in the Republic, the proposal of candidates for appointment as members of the Council of the Republic;

(7) establishes proposals for decorations conferred by the SFRY Presidency and confers decorations and other marks of honour of the Republic in conformity with the law;

(8) pardons offenders, in conformity with the law;

(9) adopts the Rules of Procedure of the Presidency."[83]

In the light of the established competences of the Presidency of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina, prima facie, any acceptance of Amendment LI as a possible constitutional basis for passing the "Decision on the proclamation of imminent threat of war" is out of the question. Amendment LI gives no authorization whatsoever to the Presidency to proclaim an imminent threat of war upon its own initiative or upon the proposal of any other organ. In its paragraph 2, the said Amendment establishes the competences of the Presidency "in the event of extraordinary conditions preventing or seriously hampering the reali-

[83] *Official Gazette of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina*, No. 21 of 31 July 1990.

Herzégovine, pour adoption, les mesures voulues pour mettre en œuvre ces politiques et, en cas d'urgence empêchant ou entravant sérieusement la réalisation de l'ordre social prévu par la Constitution, propose à l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, pour adoption, les mesures nécessaires pour faire face aux troubles qui se produisent;

3) élabore le plan de défense de la République et fournit les directives voulues en conformité avec la loi;

4) conformément aux décisions et propositions de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, examine des questions relatives à la participation de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique étrangère de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, à la coopération entre la République et les autres républiques et provinces autonomes dans le domaine de la coopération internationale dans le cadre de la politique étrangère de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et des traités internationaux et, sur la base de consultations préalables au sein de la République, propose des candidats pour occuper des postes de chef de mission diplomatique et notifie ses propositions à cet effet à la présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et à l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;

5) propose, après consultations préalables au sein de la République, des candidats aux postes de président et de juge de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine;

6) propose, après consultations préalables au sein de la République, des candidats aux postes de membre du conseil de la République;

7) fait des propositions pour les décorations conférées par la présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et confère des décorations et autres marques d'honneur de la République conformément à la loi;

8) accorde des grâces aux délinquants, conformément à la loi;

9) adopte le règlement intérieur de la présidence.»[83]

Compte tenu des compétences qui sont celles de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, *prima facie*, l'amendement LI ne saurait en aucune manière constituer un fondement constitutionnel possible pour l'adoption de la «décision sur la proclamation d'une menace de guerre imminente». L'amendement LI n'autorise aucunement la présidence à proclamer une menace de guerre imminente de sa propre initiative ou sur la proposition d'un autre organe. En son paragraphe 2, ledit amendement définit les compétences de la présidence «en cas de circonstances extraordinaires empêchant ou entravant sérieusement la réalisa-

[83] *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 21, du 31 juillet 1990.

zation of the constitutionally established order", but those conditions could hardly include the proclamation of imminent threat of war. On the one hand the term "extraordinary conditions" is far broader than the term "imminent threat of war". In Yugoslav constitutional terminology, the term "extraordinary conditions" served to denote a state of affairs provoked by natural disasters (Article 364 of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina enunciates as "extraordinary conditions" events like "natural disaster, epidemics"). All powers linked to a state of war or imminent threat of war were entirely in the hands of federal organs. On the other hand, even on the hypothesis that the competences of the Presidency on the basis of paragraph 2 of Amendment LI included the question of "imminent threat of war", the procedure by which the "Decision on the proclamation of imminent threat of war" was passed could only be qualified as formally unconstitutional, as the cited paragraph of Amendment LI stipulates the right of the Presidency in the case of extraordinary conditions "to propose to the Assembly of SR B-H that it take necessary measures to eliminate the existing disturbances". Hence, the Presidency was not authorized to *"take necessary measures to remove the existing disturbances"* (emphasis added) but only *to propose* to the Assembly the taking of such measures. The prerequisites for such a procedure existed as, judging from the text of the preamble of the "Decision", the Assembly had convened when it made the proposal for the proclamation of an imminent threat of war.

36. Consequently, bearing in mind that on the basis of Article 358 of the Constitution of Bosnia and Herzegovina as amended by Amendment LI (4 (8)) "war or imminent threat of war" was the constitutional condition for the automatic continuation of the mandate of the President of the Presidency and that in the light of the relevant provisions of Article 314 of the Constitution of SR Bosnia and Herzegovina as amended by Amendment LXXI and Amendment LI, the "Decision on the proclamation of imminent threat of war" was passed in contravention of the Constitution by an unauthorized organ, the mandate of Mr. Alija Izetbegović as President of the Presidency could not have been automatically continued after 20 December 1992.

37. The letter addressed by the Prime Minister of Bosnia and Herzegovina to the Secretary-General of the United Nations on 1 March 1993, i.e., 20 days before Mr. Alija Izetbegović issued the authorization for the institution of proceedings before the Court, reads *inter alia*:

> "I also advised . . . that the mandate of Mr. Alija Izetbegović as President of the Presidency had expired. This is to demonstrate the immediate need for the international community to assist not only in protecting Bosnia and Herzegovina's sovereignty and territorial integrity but also in assuring that the country is governed in accordance with its democratic and constitutional principles. I should be

tion de l'ordre social établi par la Constitution», mais ces circonstances ne sauraient inclure la proclamation d'une menace de guerre imminent. D'une part, l'expression «circonstances extraordinaires» est beaucoup plus large que l'expression «menace de guerre imminente». Dans la terminologie constitutionnelle yougoslave, l'expression «circonstances extraordinaires» dénote une situation provoquée par une catastrophe naturelle (l'article 364 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine cite, parmi les «circonstances extraordinaires», des événements comme «les catastrophes naturelles, les épidémies...»). Tous les pouvoirs relatifs à un état de guerre ou à une menace de guerre imminente étaient entièrement entre les mains des organes fédéraux. D'autre part, même si aux termes du paragraphe 2 de l'amendement LI la question d'une «menace imminente de guerre» relevait des compétences de la présidence, la procédure suivie pour adopter la «Décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre» ne peut être considérée que comme inconstitutionnelle du point de vue formel, car le paragraphe susvisé de l'amendement LI donne à la présidence, en cas de circonstances extraordinaires, le droit de «proposer à l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin aux troubles». Ainsi, la présidence n'était pas autorisée à *«prendre les mesures nécessaires pour mettre fin aux troubles»* (les italiques sont de moi), mais seulement de *proposer à l'Assemblée de prendre de telles mesures*. Les conditions préalables à une telle procédure existaient puisqu'il ressort du texte du préambule de la «décision» que l'Assemblée était en session lorsqu'il a été proposé de proclamer une menace de guerre imminente.

36. En conséquence, étant donné qu'aux termes de l'article 358 de la Constitution de Bosnie-Herzégovine tel que modifié par l'amendement LI (par. 4, point 8) la prorogation automatique du mandat du président de la présidence était constitutionnellement subordonnée à une «guerre ou menace imminente de guerre» et qu'eu égard aux dispositions pertinentes de l'article 314 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine tel que modifié par l'amendement LXXI et l'amendement LI, la «Décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre» a été adoptée en violation de la Constitution par un organe non habilité à l'adopter, le mandat de président de la présidence de M. Alija Izetbegović n'a pas pu être automatiquement prorogé après le 20 décembre 1992.

37. La lettre adressée par le premier ministre de Bosnie-Herzégovine au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le 1er mars 1993, c'est-à-dire vingt jours avant que M. Alija Izetbegović n'ait donné l'autorisation d'introduire une instance devant la Cour, est ainsi libellée:

> «J'ai également fait savoir à la commission que le mandat de président de la présidence de M. Alija Izetbegović était venu à expiration. Cela montre bien qu'il est nécessaire que la communauté internationale aide non seulement à protéger la souveraineté et l'intégrité territoriale de la Bosnie-Herzégovine, mais aussi à veiller à ce que le pays soit gouverné conformément à ses principes démocratiques et

> grateful if you would have the text of the present letter and its annex circulated as a document of the General Assembly, under agenda item 143 and of the Security Council."[84]

The Annex of this letter is "Letter dated 24 February 1993 from the Prime Minister of Bosnia and Herzegovina to the Chairman of the European Affairs Subcommittee of the Senate Foreign Affairs Committee of the United States of America", and states *inter alia*:

> "Furthermore, please be advised that the mandate of Mr. Alija Izetbegović as President of the Presidency of the Republic of Bosnia and Herzegovina expired on 20 December 1992. He is presently without constitutional authority to act in that capacity. The Presidency, and not the President alone, is the representative body of the Republic of Bosnia and Herzegovina. Only the Presidency can invoke constitutional emergency powers, not the President alone. The President is merely *primus inter pares*. Like Mr. Silajdzić, Mr. Izetbegović does not speak for the Presidency as a whole with respect to the current stage of the Vance/Owen talks, but only as one Muslim member of the Presidency."[85]

In this connection, Mr. R. Zacklin, Director and Deputy to the Under-Secretary-General in charge of the Office of Legal Affairs, in a letter addressed to the Registrar of the International Court of Justice on 25 March 1993, stressed *inter alia* that:

> "Mr. Izetbegović participated in the general debate of the last session of the General Assembly as President of Bosnia-Herzegovina and no communication has been made to the United Nations since then advising us that he is no longer the President. In the United Nations and in the International Conference on the former Yugoslavia, Mr. Izetbegović has been regarded and continues to be regarded as the President of Bosnia-Herzegovina."[86]

Can the fact that "[i]n the United Nations and in the International Conference on the former Yugoslavia, *Mr. Izetbegović has been regarded and continues to be regarded as the President of Bosnia-Herzegovina*" change the legal order established by the Constitution of Bosnia and Herzegovina?

The answer to this question can only be negative, as if this were not the case, we would find ourselves in the absurd situation of attributing to the institution of recognition, which is in practice an eminently political act, constitutional powers, the power to change the internal political structure of a State. Another conclusion may be drawn however — that the inter-

---

[84] Doc. A/47/899-S/25360, 5 March 1995.

[85] *Ibid.*

[86] Letter dated 25 March 1993 addressed to E. Valencia-Ospina, Registrar, International Court of Justice, from R. Zacklin, United Nations Director and Deputy to the Under-Secretary-General in charge of the Office of Legal Affairs.

constitutionnels. Je vous serais reconnaissant de faire distribuer la présente et son annexe comme document de l'Assemblée générale, au titre du point 143 de l'ordre du jour, et du Conseil de sécurité.»[84]

L'annexe de cette lettre est une «Lettre datée du 24 février 1993, adressée au président de la sous-commission des affaires européennes de la commission des affaires étrangères du Sénat des Etats-Unis d'Amérique par le premier ministre de Bosnie-Herzégovine» et se lit en partie comme suit:

«Je vous prie de noter par ailleurs que le mandat de président de la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine de M. Alija Izetbegović est venu à expiration le 20 décembre 1992. Il n'a pas actuellement le pouvoir constitutionnel d'agir en cette qualité. Seule la présidence peut, en vertu de la Constitution, invoquer les pouvoirs d'urgence, et non pas le président de son propre chef, qui n'est que *primus inter pares*. De même que M. Silajdzić, M. Izetbegović ne parle pas pour l'ensemble de la présidence en ce qui concerne l'étape actuelle des pourparlers de paix Vance/Owen, mais en tant que l'un des membres musulmans de la présidence.»[85]

A cet égard, M. R. Zacklin, directeur et adjoint du Secrétaire général adjoint chargé du bureau des affaires juridiques, dans une lettre adressée au Greffier de la Cour internationale de Justice le 25 mars 1993, soulignait notamment ce qui suit:

«M. Izetbegović a participé au débat général de la dernière session de l'Assemblée générale en qualité de président de la Bosnie-Herzégovine et aucune communication n'a été adressée depuis lors à l'Organisation des Nations Unies indiquant qu'il n'était plus président. A l'Organisation des Nations Unies et à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, M. Izetbegović a été considéré et continue d'être considéré comme le président de la Bosnie-Herzégovine.»[86]

Le fait qu'«[à] l'Organisation des Nations Unies et à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, *M. Izetbegović a été considéré et continue d'être considéré comme le président de la Bosnie-Herzégovine*» peut-il modifier l'ordre juridique établi par la Constitution de Bosnie-Herzégovine?

On ne peut répondre à cette question que par la négative car, à défaut, on se trouverait dans la situation absurde d'attribuer à l'institution de la reconnaissance, qui est en pratique un acte éminemment politique, des effets constitutionnels, le pouvoir de modifier l'organisation politique interne d'un Etat. Une autre conclusion peut néanmoins être tirée — à

[84] Doc. A/47/899-S/25360, 5 mars 1995.

[85] *Ibid.*

[86] Lettre datée du 25 mars 1993, adressée à M. E. Valencia-Ospina, Greffier de la Cour internationale de Justice, par M. R. Zacklin, directeur et adjoint du Secrétaire général adjoint chargé du bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies.

national community organized within the United Nations was in legal error *(error juris)*, judging from the meaning of the formulations used in the aforementioned letter, with regard to the nature of the institution of Head of State in the constitutional system of Bosnia and Herzegovina.

38. In the light of the relevant provisions of Bosnia and Herzegovina's internal law, it is evident that Mr. Alija Izetbegović was without constitutional authority to act in the capacity of President of the Presidency of Bosnia and Herzegovina as of 21 December 1991. The relevance of that fact cannot be denied in the domain of international law, as, in my view, we are faced with a general legal principle according to which:

> "the act of an official cannot juridically be set up as an act of State unless it was within the sphere of competency of that official. The act of an incompetent official is not an act of the State."[87]

39. This general principle is also expressed in Article 8 of the Convention on the Law of Treaties (1969).

A measure taken by an official outside the sphere of competence of that official is by definition a non-existent measure, a measure limited to the factual sphere as it is devoid of legal effect. In that respect the qualification contained in the commentary on Article 8 of the Convention on the Law of Treaties is applicable *per analogiam*:

> "where a person lacking any authority to represent the State in this connection purported to express its consent to be bound by a treaty, the true legal position was that his act was not attributable to the State and that, in consequence, there was no question of any consent having been expressed by it . . . the unauthorized act of the representative is without legal effect"[88].

THIRD PRELIMINARY OBJECTION

40. The *sedes materiae* of the third preliminary objection lies in the statement that Bosnia and Herzegovina's proclamation of sovereignty and independence was effected in an illegal manner in flagrant breach of the principle of equal rights and self-determination of peoples; hence, no succession of the Applicant to the Genocide Convention of 1948 could have been possible.

The Court finds, quite simply, that

> "Bosnia and Herzegovina became a Member of the United Nations following the decisions adopted on 22 May 1992 by the Security

[87] The Presiding Commissioner of the France-Mexican Mixed Claims Commission (1924) in the *Caire* case (1929), cited in Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 205.

[88] Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries adopted by the ILC at its Eighteenth Session, UNCLT, First and Second Sessions, Vienna, 26 March-24 May 1968 and 9 April-22 May 1969, *Official Records*, p. 13, para. 1.

savoir que la communauté internationale organisée dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies a commis une erreur de droit *(error juris)*, à en juger d'après le libellé de la lettre susmentionnée, en ce qui concerne la nature de l'institution de chef de l'Etat dans le système constitutionnel de la Bosnie-Herzégovine.

38. A la lumière des dispositions pertinentes du droit interne de la Bosnie-Herzégovine, il est évident que M. Alija Izetbegović n'était pas au 21 décembre 1991 constitutionnellement habilité à agir en qualité de président de la présidence de la Bosnie-Herzégovine. La pertinence de ce fait au regard du droit international ne peut être niée, étant donné qu'à mon avis nous sommes en présence d'un principe général de droit selon lequel:

> «l'acte d'un agent de l'Etat ne peut juridiquement être imputé à l'Etat s'il ne relevait pas de la compétence de cet agent. L'acte d'un agent de l'Etat incompétent n'est pas un acte de l'Etat.»[87]

39. Ce principe général est aussi énoncé à l'article 8 de la convention sur le droit des traiteés de 1969.

Une mesure prise par un agent de l'Etat en dehors de sa sphère de compétence est par définition non avenue, et elle est limitée au domaine des faits car elle est dénuée d'effet juridique. A cet égard, l'observation ci-après qui figure dans le commentaire de l'article 8 de la convention sur le droit des traités s'applique par analogie:

> «lorsqu'une personne dépourvue de toute compétence pour représenter l'Etat à cette fin prétend néanmoins exprimer son consentement à être liée par le traité, ... [il faut conclure] en droit que l'acte n'était pas imputable à l'Etat et que celui-ci ne pouvait donc pas avoir manifesté un consentement quelconque ... l'acte non autorisé d'un tel représentant est sans effet juridique»[88].

TROISIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

40. Le *sedes materiae* de la troisième exception préliminaire est l'argument selon lequel la souveraineté et l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine ont été proclamées illégalement en violation flagrante du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes; de ce fait, la Partie requérante n'a pu succéder à la convention sur le génocide de 1948.

La Cour constate, tout simplement, que:

> «la Bosnie-Herzégovine est devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies à la suite des décisions prises le 22 mai 1992 par le

[87] Le commissaire présidant la commission franco-mexicaine de réclamations, 1924, dans l'affaire *Caire*, 1929, cité dans Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 205.

[88] Projet d'articles sur le droit des traités, avec commentaires, adopté par la Commission du droit international à sa dix-huitième session, *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième session*, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, p. 13, par. 1.

> Council and the General Assembly, bodies competent under the Charter",

and indicates that

> "Article XI of the Genocide Convention opens it to 'any Member of the United Nations'; from the time of its admission to the Organization, Bosnia and Herzegovina could thus become a party to the Convention. Hence the circumstances of its accession to independence are of little consequence." (Para. 19 of the Judgment.)

In my opinion, the legality of Bosnia and Herzegovina's birth is far from being a fact in the light of the relevant legal rules. It implicitly relies on the concept of the so-called "process of dissolution" of Yugoslavia, elaborated in the Opinions of the Arbitration Commission of the Conference on Yugoslavia, which is not a legal term *stricto sensu*. This concept is most aptly seen as a sort of metaphor where a State figures as a kind of vessel from which its vital substance is trickling away and which, through the will of an imaginary creator, is being transformed into the tissue of a new State organism.

(This is eloquently shown by the position taken by the Arbitration Commission in relation to the date of succession of States in the Yugoslav case. In its Opinion No. 11, the Commission took the view:

> "That the date upon which the States stemming from the Socialist Federal Republic of Yugoslavia succeeded the Socialist Federal Republic of Yugoslavia are:
>
> — 8 October 1991 in the case of the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia,
> — 17 November 1991 in the case of the former Yugoslav Republic of Macedonia,
> — 6 March 1992 in the case of the Republic of Bosnia and Herzegovina" (International Conference on the Former Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion No. 11, para. 10).

Thus the Commission claims that the succession here occurred in the relations between the SFRY as the predecessor-State and the newly-independent republics as the successor-States. In other words, it did not take place *uno ictu*; rather, what is known as succession is in fact a set of successions which occurred one after another between 8 October 1991 and 27 April 1992. The succession of Slovenia and Croatia has not destroyed the international legal personality of the SFRY as the predecessor-State. *A contrario*, Macedonia could not exit from the SFRY and succeed SFRY at the same time. *The same applies to Bosnia and Herzegovina*, because this former federal unit, in the Commission's view, also succeeded SFRY. Such an approach of the Commission could reasonably be explained by *"the complex interaction between*

> Conseil de sécurité et l'Assemblée générale, organes compétents en vertu de la Charte»,

et elle indique que:

> «l'article XI de la convention sur le génocide ouvre celle-ci à «tout Membre des Nations Unies»; dès son admission au sein de l'Organisation, la Bosnie-Herzégovine pouvait donc devenir partie à la convention. Peu importent alors les circonstances dans lesquelles elle a accédé à l'indépendance.» (Paragraphe 19 de l'arrêt de la Cour.)

A mon avis, la légalité de la naissance de la Bosnie-Herzégovine est loin d'être établie au regard des règles juridiques applicables. Elle repose implicitement sur la notion du prétendu «processus de dissolution» de la Yougoslavie, élaboré par la commission d'arbitrage de la conférence sur l'ex-Yougoslavie dans ses avis, qui n'est pas un terme juridique *stricto sensu*. Cette notion doit être considérée comme une métaphore dans le cadre de laquelle un Etat est représenté comme une sorte de récipient duquel la substance vitale s'échappe peu à peu et qui, par la volonté d'un créateur imaginaire, serait par transsubstantiation transformée en nouvel organisme étatique.

(Ceci est attesté de manière éloquente par la position adoptée par la commission d'arbitrage en ce qui concerne la date de la succession d'Etat dans le cas de la Yougoslavie. Dans son avis n° 11, la commission a déclaré:

> «que les dates auxquelles les Etats issus de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie ont succédé à celle-ci sont les suivantes:
>
> — le 8 octobre 1991 pour la République de Croatie et la République de Slovénie,
> — le 17 novembre 1991 pour l'ex-République yougoslave de Macédoine,
> — le 6 mars 1992 pour la République de Bosnie-Herzégovine» (conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, commission d'arbitrage, avis n° 11, par. 10).

Ainsi, la commission affirme que la succession est intervenue dans les relations entre la République fédérative socialiste de Yougoslavie en qualité d'Etat prédécesseur et les républiques nouvellement indépendantes en qualité d'Etats successeurs. En d'autres termes, elle ne s'est pas produite *uno ictu*; en fait, ce qu'on appelle succession est en réalité une série de successions qui se sont produites l'une après l'autre entre le 8 octobre 1991 et le 27 avril 1992. La succession de la Slovénie et de la Croatie n'a pas détruit la personnalité juridique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie en tant qu'Etat prédécesseur. *A contrario*, la Macédoine ne pouvait se séparer de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et succéder à celle-ci dans le même temps. *Il en est de même de la Bosnie-Herzégovine*, parce que cette ex-entité fédérale, de

the deliberations of the Arbitration Commission and the political decisions of the EC institutions and member States [which] is noteworthy" (Conference on Yugoslav Arbitration Commission: Opinions on Questions Arising from the Dissolution of Yugoslavia, Introductory Note by Maurizio Ragazzi, *International Legal Materials*, 1992, p. 1490). In the light of the above, there exists a clear connection between such qualification and the content of Article 1 *(a)* of the Draft Convention submitted by President of the Conference proposing that "[n]ew relations between the Republics will be based on the following: *(a)* sovereign and independent Republics with an international personality for those who wish it, etc.")

Of utmost importance is the fact that there exists a substantial connection, in fact a causal connection, between the legality of the birth of a State and the status of a successor State in legal terms (see paras. 81-88 below).

In order to reach a conclusion as to whether Bosnia and Herzegovina was established in the legal way, it is necessary to examine both the relevant norms of international law and the internal law of SFRY. The relevance of the internal law of SFRY to that effect derives from the specific nature of the norm of equal rights and self-determination of peoples in multi-ethnic States (see paras. 44-46 above).

A. Relevance of International Law to the Birth of States

41. A reply in the matter of relevance is often sought in the option for one of the two mutually exclusive qualifications: birth of States as *questio facti* or as *questio juris*. Neither of these qualifications, taken on its own merits and individually, really corresponds to the actual state of affairs, in view of their oversimplification and untenable segregation. The first suggests that international law is indifferent to the issue of the birth of States, that they are created in a legal vacuum, a sort of legal vacant space, in a free interaction of power and opportunity elements. The second, however, reduces the birth of States to legalistic procedures, to a matter of the mere will of an imaginary international legislator, materialled in the form of a State, independently of real social processes. In the final analysis, the first statement reduces international law relative to the birth of States to an *ex post* rationalization of actual developments and thereby to its own negation, while the second takes a completely opposite course, elevating international law to the level of a maker, a creator of social phenomena.

l'avis de la commission, a également succédé à la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Cette approche de la commission pourrait s'expliquer raisonnablement par *«l'interaction complexe entre les délibérations de la commission d'arbitrage et les décisions politiques des institutions de la Communauté européenne et de ses Etats membres, [interaction] qui est remarquable»* (commission d'arbitrage de la conférence sur l'ex-Yougoslavie: avis sur des questions découlant de la dissolution de la Yougoslavie, note liminaire de Maurizio Ragazzi, *International Legal Materials*, 1992, p. 1490). Compte tenu de ce qui précède, il existe un lien patent entre cette qualification et le contenu de l'article 1 *a)* du projet de convention présenté par le président de la conférence, aux termes duquel «les nouvelles relations entre les républiques reposeront sur les éléments suivants: *a)* statut de républiques souveraines et indépendantes dotées d'une personnalité internationale pour celles qui le désirent, etc.»)

Le fait qu'il existe un lien substantiel et, de fait, causal entre la légalité de la naissance d'un Etat et le statut d'un Etat successeur du point de vue juridique est de la plus haute importance (voir ci-après par. 81-88).

Pour parvenir à une conclusion sur le point de savoir si la Bosnie-Herzégovine a été créée dans la légalité, il faut examiner tant les normes applicables du droit international que le droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. La pertinence du droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie à cet égard découle de la nature spécifique, dans les Etats multiethniques, de la norme de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes (voir ci-après par. 44-46).

A. Pertinence du droit international en ce qui concerne la naissance de nouveaux Etats

41. On cherche souvent à répondre à cette question de la pertinence du droit international en choisissant entre deux qualifications qui s'excluent mutuellement: la naissance des Etats en tant que question de fait ou en tant que question de droit. Aucune de ces qualifications, prises individuellement et indépendamment de toute autre considération, ne correspond vraiment à la réalité des choses, car elles relèvent d'une simplification abusive et d'une distinction insoutenable. La première donne à penser que le droit international est indifférent à la question de la naissance des Etats, que ceux-ci sont créés dans un vide juridique, une sorte de «terrain vague» juridique, par la libre interaction d'éléments de puissance et d'opportunité. Quant à la seconde, elle réduit la naissance des Etats à des procédures légalistes, à la seule volonté d'un législateur international imaginaire, se matérialisant sous la forme d'un Etat indépendamment des processus sociaux existant dans la réalité. En dernière analyse, la première qualification réduit le droit international relatif à la naissance des Etats à une rationalisation à posteriori d'événements qui se sont effectivement produits et donc à sa propre négation, alors que la seconde défend une position totalement opposée, élevant le droit international au niveau d'un créateur de phénomènes sociaux.

The fundamental defect in the option for either of the two mutually exclusive explanations is the confusion of two dimensions involved in the birth of States: the socio-political and the legal. As it is indisputable that birth of States is a matter of realistic social processes from a socio-political standpoint, so it is that the birth of States takes place in the environment of the international community. Thus, international law cannot abdicate from the regulation of such a crucial issue of international life. Shaw is right in observing that:

> "[t]he relationship . . . between factual and legal criteria is a crucial shifting one. Whether the birth of a new state is primarily a question of fact or law and how the interaction between the criteria of effectiveness and other relevant legal principles may be reconciled are questions of considerable complexity and significance."[89]

42. Since its inception international law has never been or could have been indifferent to the question of the birth of States. The substance and nature of its rules have undergone modifications depending on the achieved degree of advancement of international law. *Grosso modo*, the rules of international law concerning the birth of States may be classified into two groups:

— the first would comprise the rules of international law defining the State *ab intra*, as a legal fact within the system of international law. In other words, these rules of international law define *what a State is*. The very definition is static and narrowed down to an enumeration of the constituent elements of a State. On the whole, such a definition of a State is founded on the principle of effectiveness and by this means international law specifies the static, categorial meaning of the concept of a State.

— the second group would comprise the rules defining a State *ab extra*, from the point of view of other relevant rules of international law. While definition *ab intra* starts from a State as an isolated, static phenomenon, definition *ab extra* locates the State in the system of international law, linking its birth and functioning in the international community to other legal rules. In expressing the dynamic side of a concrete issue concerning a certain State, the notion of a State *ab extra* includes, in fact, principles and norms fundamental to the birth of States. Those principles have accompanied practically the whole period of existence of international law. The birth of States, since the Westphalian Peace Accord in 1648, has been justified by a principle-like balance of power, legitimacy and interpretation of the "Holy Alliance", the quasi-legislative competences of super-powers, the principle of nationality, and, during the twentieth century, the self-determination of peoples.

[89] M. N. Shaw, *International Law*, 2nd ed., 1986, p. 126.

Le vice fondamental que comporte le chox de l'une ou l'autre de ces deux explications s'excluant mutuellement tient à la confusion des deux dimensions que comporte la naissance des Etats: la dimension sociopolitique et la dimension juridique. Tout comme il est incontestable que la naissance des Etats est d'un point de vue sociopolitique la résultante de processus sociaux réels, il est aussi incontestable qu'elle a lieu dans l'environnement de la communauté internationale. Ainsi, le droit international ne peut s'abstenir de réglementer une question aussi cruciale de la vie internationale. C'est à juste titre que Shaw a fait observer que:

> «la relation ... entre les critères factuels et juridiques est une relation évolutive cruciale. Les questions de savoir si la naissance d'un nouvel Etat est d'abord une question de fait ou de droit et comment l'interaction entre les critères de l'effectivité et les autres principes juridiques pertinents peut être accommodée sont des questions d'une complexité et d'une importance considérable.»[89]

42. Depuis qu'il existe, le droit international n'a jamais été ou n'a jamais pu être indifférent à la question de la naissance des Etats. La substance et la nature de ces règles ont subi des modifications en fonction de son développement. Grosso modo, les règles du droit international concernant la naissance des Etats peuvent être regroupées en deux catégories:

— la première comprendrait les règles du droit international définissant l'Etat *ab intra*, en tant que fait juridique au sein du système juridique international. En d'autres termes, ces règles du droit international définissent *ce qu'est un Etat*. Cette définition même est statique et se réduit à l'énumération des éléments constitutifs de l'Etat. Dans l'ensemble, elle est fondée sur le principe de l'effectivité et par ce moyen le droit international définit le sens statique et catégoriel de la notion d'Etat;
— la seconde catégorie comprendrait les règles définissant l'Etat *ab extra*, du point de vue des autres règles pertinentes du droit international. Si la définition *ab intra* prend comme point de départ l'Etat en tant que phénomène isolé et statique, la définition *ab extra* place l'Etat dans le système du droit international, liant sa naissance et son fonctionnement au sein de la communauté internationale à d'autres règles juridiques. En exprimant l'aspect dynamique d'une question concrète concernant un Etat donné, la notion d'Etat *ab extra* comprend, en fait, des normes et des principes fondamentaux concernant la naissance des Etats. Ces principes existent pratiquement depuis que le droit international existe. La naissance des Etats, depuis le traité de Westphalie (1648), a été justifiée par divers principes, comme l'équilibre des puissances, la légitimité et l'interprétation de la «Sainte-Alliance», les compétences quasi législatives des superpuissances, le

[89] M. N. Shaw, *International Law*, 2e éd., 1986, p. 126.

It may be said that the above principles basically derive from the concept of legality.

43. It should be kept in mind, however, that the nature of the legality concept has been changing with the development of international law. That concept was based, for quite some time, upon subjective, eliminatory criteria, which recognized, in a community that tolerated uncontrolled resort to force and even to war, the property of a legislative factor, meaning legality no more than in the formal sense of the word. Determined *ad casum*, on the basis of the fulfilment of formal and procedural requirements, that legality was not *stricto sensu* legality, as measured by the norms of a more developed internal law, but rather a political decision in a more acceptable guise.

A basis for a radical change of attitude to the question of legality is provided by the hierarchical division of international law according to the criterion of the legal merit of its norms. The division of international law into "lower" and "higher" law opened the way towards the conceptualization of peremptory norms of general international law *(jus cogens)*, effected by Articles 53 and 64 of the Convention on the Law of Treaties of 1969. As Judge Ammoun put it in his separate opinion in the *Barcelona Traction* case (Second Phase, 1970):

> "through an already lengthy practice of the United Nations, the concept of *jus cogens* obtained a greater degree of effectiveness, by ratifying, as an imperative norm of international law, the principles appearing in the preamble to the Charter"[90].

Jus cogens creates grounds for a global change in relations of State sovereignty to the legal order in the international community and for the establishment of conditions in which the rule of law can prevail over the free will of States. As an objective, non-eliminatory norm, it constitutes a material basis, a criterion for challenging the legality of individual acts in the international community. Therefore, it essentially limits the impact of effectiveness in international law. Effectiveness in a system with a defined concept of legality may be legally accepted only in cases in which it does not conflict with the norms that serve as criteria of legality. Within the co-ordinates of the *de jure* order *effectiveness versus legality* is an incorrect approach, because to accept effectiveness as a rule

> "would indeed be to apply a hatchet to the very roots of the law of nations and to cover with its spurious authority an infinitive series of international wrongs and disregard for international obligations"[91].

[90] *I.C.J. Reports 1970*, p. 304.
[91] J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, I, 1968, p. 293.

principe de la nationalité, et, au XX^e siècle, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. On peut dire que ces principes découlent quant au fond de la notion de légalité.

43. Il ne faut toutefois pas oublier que la nature de la notion de légalité s'est modifiée au fur et à mesure que le droit international s'est développé. Cette notion était fondée, pendant une assez longue période, sur des critères subjectifs et réducteurs, qui reconnaissaient, dans une communauté qui tolérait le recours incontrôlé à la force et même à la guerre, la possession d'un facteur législatif, n'entendant la légalité qu'au sens formel du terme. Déterminé au cas par cas, en fonction du respect de prescriptions formelles et procédurales, cette légalité n'était pas une légalité *stricto sensu*, mesurée au regard des normes d'un droit interne plus développé, mais plutôt une décision politique présentée sous une forme plus acceptable.

La division hiérarchique du droit international en fonction de la valeur juridique de ses normes est à la base d'un changement radical d'attitude en ce qui concerne la question de la légalité. La division du droit international en droit «supérieur» et «inférieur» a ouvert la voie à la conceptualisation des normes impératives du droit international général *(jus cogens)* aux articles 53 et 64 de la convention de 1969 sur le droit des traités. Comme le déclare M. Ammoun dans son opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (deuxième phase, 1970):

> «par une pratique déjà longue des Nations Unies, le concept de *jus cogens* acquiert une plus grande effectivité, sanctionnant, en tant que norme impérative du droit des gens, les principes figurant au frontispice de la Charte»[90].

Le *jus cogens* ouvre la voie à une modification globale des relations entre la souveraineté des Etats et l'ordre juridique international et à la création de conditions permettant à la règle de droit de prévaloir sur la libre volonté des Etats. En tant que norme objective non réductrice, il constitue une base pertinente, un critère permettant de contester la légalité d'actes individuels au sein de la communauté internationale. En conséquence, il limite fondamentalement l'impact de l'effectivité en droit international. Dans un système dans lequel la notion de légalité est définie, l'effectivité ne peut être juridiquement acceptée que dans les cas où elle n'est pas en conflit avec les normes qui servent de critères de légalité. Dans les limites de l'ordre *de jure*, opposer l'effectivité à la légalité est une démarche incorrecte, parce que accepter l'effectivité en tant que règle

> «reviendrait en fait à saper les fondements mêmes du droit des gens et à couvrir de son autorité douteuse une gamme infinie de faits illicites internationaux et de méconnaissances d'obligations internationales»[91]

[90] *C.I.J. Recueil 1970*, p. 304.
[91] J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, vol. I, 1968, p. 293.

44. The concept of a material, homogeneous legality is unavoidably reflected in the matter of the birth of States. This is suggested by an as yet insufficiently advanced and stabilized international practice. Let us take the case of Southern Rhodesia. In that case, the criterion of effectiveness was fully met, as the white, minority government, exercised effective rule over the territory. But, in spite of that, United Nations Security Council resolution 217 of 20 November 1965 established that the declaration of independence had "no legal validity" and national government had been proclaimed by "illegal authorities". Such an attitude towards Southern Rhodesia, which on the basis of the *ab intra* criterion, was a State beyond any doubt, was governed by the intention "to allow the people of Southern Rhodesia to determine their own future consistent with the objectives of General Assembly resolution 1514 (XV)" (1960)[92]. United Nations General Assembly resolution 1514 of 14 December 1960, entitled "Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples" established, *inter alia*, that

> "All peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development." (Para. 2.)

In that way the practice of States confirmed that:

> "in the case of an entity seeking to become a state and accepted by the international community as being entitled to exercise the right of self-determination, it may well be necessary to demonstrate that the internal requirements of the principle have not been offended. One cannot define this condition too rigorously in view of state practice to date, but it would appear to be a sound proposition that systematic and institutionalised discrimination might invalidate a claim to statehood."[93]

However, it would be an overstatement to assert that the introduction of the concept of material legality created a harmonious unity between the *ab intra* and *ab extra* definitions of a State. This has not been achieved due to the chronic institutional insufficiency of the international order which, acting in the environment of a primarily political community — which is what the international community virtually is — often leads to the prevalence of policy over law. Hence, the discrepancy between international law and international order, since norms have not always been applied as they should have been in view of their substance, but more or less under the influence of non-legal, political views. Indisputably, the achievement of the aforementioned harmony constitutes not only an aim of but also a condition for the establishment of international order as a *de jure* order in this particular context.

---

[92] Security Council resolution 217 (1965), 20 November 1965, para. 7.
[93] M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 132.

44. La notion d'une légalité matérielle et homogène intervient inévitablement en ce qui concerne la naissance des Etats. C'est ce que donne à penser une pratique internationale qui est encore insuffisamment développée et stabilisée. Prenons le cas de la Rhodésie du Sud. En l'occurrence, le critère de l'effectivité était pleinement satisfait, car le gouvernement minoritaire blanc exerçait une autorité effective sur le territoire. Mais, en dépit de cela, le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies a estimé, dans sa résolution 217 du 20 novembre 1965, que la déclaration d'indépendance n'avait «aucune validité légale» et que l'indépendance nationale avait été proclamée par des «autorités illégales». Cette attitude envers la Rhodésie du Sud, qui, sur la base du critère *ab intra*, était sans aucun doute un Etat, était dictée par l'intention «de permettre au peuple de Rhodésie du Sud de déterminer son propre avenir conformément aux objectifs de la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale» de 1960[92]. La résolution 1514 du 14 décembre 1960 de l'Assemblée générale des Nations Unies, intitulée «Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux» stipulait notamment que:

> «Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel.» (Par. 2.)

Aussi, la pratique des Etats confirmait que:

> «Dans le cas d'une entité entendant devenir un Etat et acceptée par la communauté internationale comme habilitée à exercer son droit à l'autodétermination, il peut très bien être nécessaire de démontrer que les prescriptions internes du principe n'ont pas été méconnues. On ne peut définir cette condition trop rigoureusement compte tenu de la pratique des Etats à ce jour, mais il semblerait que l'on puisse affirmer qu'une discrimination systématique et institutionnalisée peut faire échec à une revendication de la qualité d'Etat.»[93]

Toutefois, on irait trop loin en affirmant que l'introduction de la notion de légalité matérielle a réalisé une unification harmonieuse des définitions de l'Etat *ab intra* et *ab extra*. Cela n'a pas été possible en raison de la carence institutionnelle chronique de l'ordre international qui, s'exerçant dans l'environnement d'une communauté au premier chef politique — ce qu'est virtuellement la communauté internationale —, amène souvent la politique à prévaloir sur le droit. D'où l'écart existant entre droit international et ordre international, puisque les normes n'ont pas toujours été appliquées comme elles auraient dû l'être eu égard à leur contenu, mais plus ou moins sous l'influence d'opinions politiques, non juridiques. Il est indiscutable que la réalisation de l'harmonie susmentionnée constitue non seulement un objectif mais aussi une condition de l'établissement de l'ordre international en tant qu'ordre *de jure* dans ce contexte particulier.

[92] Résolution 217 (1965) du Conseil de sécurité, 20 novembre 1965, par. 7.
[93] M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 132.

B. The Legality of the Proclamation of Bosnia and Herzegovina's Independence in the Light of the Internal Law of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia

1. Relevance of the internal law of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in this particular case

45. The original international legal norm of self-determination of peoples is both incomplete and imperfect, at least when it concerns subjects entitled to self-determination in multi-ethnic States and their exercise of external self-determination infringing upon the territorial integrity of a State. Given its incompleteness, the original norm of self-determination of peoples is rendered inapplicable in its respective parts to certain practical situations and constitutes a sort of decorative, empty normative structure. Interested entities often refer to it, but it can function only outside the legal domain, as a convenient cover for an eminently political strategy, based on opportuneness and the balance of power.

This implies a need to see the norm of the right to external self-determination in the States composed of more than one people as a complex norm consisting of two parts: on the one hand, original international legal norms of the right of peoples to external self-determination, and, on the other, relevant parts of the internal law of the given State. In this context, the original international legal norm of the right of peoples has the role of a general, permissive norm, which assumes an operative character, the property of a norm which may become effective in the event that the internal law of a multi-ethnic State has stipulated the right to external self-determination if it defines the entitlement to it, as well as the procedure for its exercise. In other words, the relevant provisions of internal law are *ad casum* an integral part of the norm of the right of peoples to external self-determination. Only in this way does the original international legal norm of the right to external self-determination become applicable at the level of the fundamental premise of the rule of law.

The necessity for such a relationship between international and internal laws is rightfully suggested by the following:

> "If the rule of law is to be made effective in world affairs it must cover a wide range of increasingly complex transactions which are governed partly by international and partly by municipal law . . . It is therefore important that international courts and tribunals should be in a position, when adjudicating upon complex international transactions, to apply simultaneously the relevant principles and rules of international law and the provisions of any system of municipal law which may be applicable to the particular transaction . . . One of the essential functions of international law and international organisation is to promote the rule of law within as well as among nations, for only on the basis of the rule of law within nations can the rule of law among nations develop and be made

B. La légalité de la proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine au regard du droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie

1. Pertinence du droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie en l'espèce

45. La norme juridique internationale originelle qu'est le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est à la fois incomplète et imparfaite, au moins en ce qui concerne les sujets ayant droit à l'autodétermination dans les Etats multiethniques et l'exercice par ceux-ci de ce droit à l'autodétermination externe lorsque cet exercice porte atteinte à l'intégrité territoriale d'un Etat. Etant incomplète, cette norme est à certains égards inapplicable à certaines situations concrètes et constitue une sorte de structure normative décorative et vide. Les entités intéressées l'invoquent souvent, mais elle ne peut opérer que hors de la sphère juridique, en tant que façade commode d'une stratégie éminemment politique, reposant sur l'opportunité et l'équilibre des puissances.

Cela étant, il faut considérer le droit à l'autodétermination externe dans les Etats composés de plus d'un peuple comme une norme complexe comprenant deux parties: d'une part, la norme juridique internationale originelle du droit des peuples à l'autodétermination externe et, de l'autre, les éléments pertinents du droit interne de l'Etat en cause. Dans ce contexte, la norme juridique internationale originelle joue le rôle d'une norme générale et permissive, qui assume un caractère opérationnel et peut devenir opérante au cas où le droit interne d'un Etat multiethnique a prévu le droit à l'autodétermination externe, s'il habilite à l'exercer et définit les modalités de son exercice. En d'autres termes, les dispositions pertinentes du droit interne sont dans chaque cas partie intégrante de la norme du droit des peuples à l'autodétermination externe. Ce n'est que de cette manière que la norme juridique internationale originelle primaire du droit à l'autodétermination externe devient applicable au niveau du postulat fondamental de la primauté du droit.

La nécessité d'une telle relation entre droit international et droit interne est à juste titre soulignée par ce qui suit:

> «Pour que la primauté du droit régisse la vie internationale, elle doit englober une vaste gamme d'opérations de plus en plus complexes qui sont régies en partie par le droit international et en partie par le droit interne ... Il est donc important que les juridictions et les tribunaux internationaux soient à même, lorsqu'ils statuent sur des opérations internationales complexes, d'appliquer simultanément les principles et règles pertinents du droit international et les dispositions du système de droit interne qui peuvent être applicables à l'opération en cause ... L'une des fonctions essentielles du droit international et de l'organisation internationale est de promouvoir l'état de droit à l'intérieur des nations et entre elles, car ce n'est que sur la base de l'état de droit à l'intérieur des nations que l'état de droit

> secure. International courts and tribunals can contribute to this result more effectively if the extent to which the interpretation and application of municipal law in the course of their work is a normal and necessary incident of international adjudication on complex transactions is more fully understood."[94]

Positive international law free of Manicheanism and the antagonistic burden of dualistic-monistic theoretical controversy has firmly embarked upon this course. One can think of a long list of rules of positive international law that rest on the symbiosis of an international norm containing both implicit and explicit references to the internal law and the respective norms of that internal law. To illustrate, Article 46 of the Convention on the Law of Treaties (1969) stipulates that a State may invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent in a case where that "violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance". Or in the law of the sea, where the subject of protection and preservation of the marine environment is entirely regulated on the basis of a symbiosis of international and internal laws. *Exempli causa*, Article 207 (1) (Pollution from Land-Based Sources) of the Convention on the Law of the Sea stipulates:

> "States shall adopt laws and regulations to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from land-based sources . . ., taking into account internationally agreed rules, standards and recommended practices and procedures."

Reliance on internal law as a criterion for undertaking international acts is not unknown in the diplomatic practice of States. One can mention the practice of the United States inaugurated by President Wilson according to which a new test of "constitutionality" making the "coming into power" of a new government by constitutional means is a prerequisite for recognition of that government by the United States[95].

46. Thus, in the present case, this is not a matter of a conflict between a norm of international and a norm of internal law, a type of case adjudicated by several international courts (*Greco-Bulgarian "Communities", P.C.I.J., Series B, No. 17*, p. 32; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, P.C.I.J., Series A, No. 22*, p. 167; *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, P.C.I.J., Series A/B, No. 44*, p. 24), but rather of the application of an international norm of a complex structure, namely a norm that incorporates relevant norms of internal law relating to external self-

[94] C. Wilfred Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, 1964, p. 547.
[95] M. Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 2, p. 69.

entre les nations peut se développer et être garanti. Les juridictions et les tribunaux internationaux peuvent contribuer à ce résultat plus efficacement si la mesure dans laquelle l'interprétation et l'application du droit interne dans le cadre de leurs activités est un corollaire normal et nécessaire du règlement judiciaire international d'opérations complexes est mieux comprise.»[94]

Libéré du manichéisme et du fardeau pesant de la controverse théorique entre dualisme et monisme, le droit international positif s'est résolument engagé sur cette voie. On peut citer une longue liste de règles du droit international positif qui reposent sur une symbiose entre une norme internationale contenant des références expresses et implicites au droit interne et les normes correspondantes de ce droit interne. A titre d'exemple, l'article 46 de la convention de 1969 sur le droit des traités dispose qu'un Etat peut invoquer le fait que son consentement à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités si «cette violation a été manifeste et concernait une règle de son droit interne d'importance fondamentale». On peut citer aussi le droit de la mer, dans le cadre duquel la protection et la préservation du milieu marin sont entièrement réglementées sur la base d'une symbiose entre le droit international et les droits internes. Par exemple, l'article 207, paragraphe 1 («Pollution d'origine tellurique») de la convention sur le droit de la mer dispose:

«Les Etats adoptent des lois et règlements pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin d'origine tellurique ..., en tenant compte des règles et des normes, ainsi que des pratiques et procédures recommandées, internationalement convenues.»

La pratique diplomatique des Etats trouve également dans le droit interne un critère de la validité des actes internationaux. On peut mentionner la pratique des Etats-Unis d'Amérique inaugurée par le président Wilson instaurant un nouveau critère de «constitutionnalité», qui fait de l'«arrivée au pouvoir» d'un nouveau gouvernement par des moyens constitutionnels une condition préalable à la reconnaissance de ce gouvernement par les Etats-Unis[95].

46. Ainsi, en la présente affaire, il ne s'agit pas d'un conflit entre une norme du droit international et une norme du droit interne, un type d'affaire dont ont eu à connaître plusieurs tribunaux internationaux (*«Communautés» gréco-bulgares, C.P.I.J. série B n° 17*, p. 32; *Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.I.J. série A n° 22*, p. 167; *Traitement des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaises dans le territoire de Dantzig, C.P.I.J. série A/B n° 44*, p. 24), mais de l'application d'une norme internationale de structure complexe, à savoir une norme qui englobe des normes de droit

[94] C. Wilfred Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, 1964, p. 547.
[95] M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 2, p. 69.

determination. I am of the view that, in this case, the reasoning of the Court in the case concerning *Brazilian Loans* (1929) is relevant.

In the *Brazilian Loans* case the Court pointed out, *inter alia*, that

> "[o]nce the Court has arrived at the conclusion that it is necessary to apply the municipal law of a particular country, there seems no doubt that it must seek to apply it as it would be applied in that country. It would not be applying the municipal law of a country if it were to apply it in a manner different from that in which that law would be applied in the country in which it is in force.
>
> It follows that the Court must pay the utmost regard to the decisions of the municipal courts of a country, for it is with the aid of their jurisprudence that it will be enabled to decide what are the rules which, in actual fact, are applied in the country the law of which is recognized as applicable in a given case. If the court were obliged to disregard the decisions of municipal courts, the result would be that it might in certain circumstance apply rules other than those actually applied; this would seem to be contrary to the whole theory on which the application of municipal law is based.
>
> Of course, the Court will endeavour to make a just appreciation of the jurisprudence of municipal courts. If this is uncertain or divided, it will rest with the Court to select the interpretation which it considers most in conformity with the law. To compel the Court to disregard that jurisprudence would not be in conformity with its function when applying municipal law."[96]

2. Constitutional concept of the Yugoslav State — constitutional concept of Bosnia and Herzegovina as a federal unit

47. In order to elucidate the constitutional concept of the Yugoslav State and that of Bosnia and Herzegovina as a federal unit, I will quote some relevant provisions of the constitutions of the Yugoslav State that suggest a conclusion on its nature and, more specifically, on the status of its peoples.

48. The first constitution of the Yugoslav State — the constitution of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, promulgated on 28 June 1921, stipulated that the Kingdom "is a state of Serbs, Croats and Slovenes, a constitutional, parliamentary and hereditary monarchy. The official state name is: Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes." Article 3 of the Constitution provided that the "official language of the Kingdom will be Serb-Croat-Slovenian".

49. The Constitution of the Kingdom of Yugoslavia of 3 September 1931, did not indicate *expressis verbis* its constitutive peoples. They were

[96] *P.C.I.J., Series A, No. 21*, p. 124.

interne relatives à l'autodétermination externe. J'estime qu'en la présente affaire le raisonnement de la Cour dans l'affaire relative aux *Emprunts brésiliens* (1929) est pertinent.

Dans cette affaire, la Cour a notamment fait observer:

> «La Cour étant arrivée à la conclusion qu'il y a lieu d'appliquer le droit interne d'un pays déterminé, il ne semble guère douteux qu'elle doit s'efforcer de l'appliquer comme on l'appliquerait dans ledit pays. Ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur.
>
> Il s'ensuit que la Cour doit tenir le plus grand compte de la jurisprudence nationale, car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'elle pourra déterminer quelles sont vraiment les règles qui, en fait, sont appliquées dans le pays dont le droit est reconnu applicable en l'espèce. Si la Cour était mise dans la nécessité de faire abstraction de la jurisprudence, le résultat en serait qu'elle pourrait éventuellement appliquer d'autres règles que celles effectivement appliquées; cela semblerait aller à l'encontre de l'idée même qui est à la base de l'application du droit interne.
>
> Sans doute, la Cour appréciera librement la jurisprudence nationale. Si celle-ci est incertaine ou partagée, il appartiendra à la Cour de choisir l'interprétation qu'elle croit être la plus conforme à la loi. Mais il ne serait pas conforme à la fonction qu'exerce la Cour lorsqu'elle applique une loi nationale que de l'obliger à faire abstraction de la jurisprudence.»[96]

2. Conception constitutionnelle de l'Etat yougoslave et de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'entité fédérale

47. Pour mieux faire comprendre la conception constitutionnelle de l'Etat yougoslave et de l'entité fédérale qu'était la Bosnie-Herzégovine, je me référerai à certaines dispositions des constitutions de l'Etat yougoslave qui donnent une idée de la nature de cet Etat et, plus précisément, du statut des peuples qu'il rassemblait.

48. La première constitution de l'Etat yougoslave, la Constitution du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes, promulguée le 28 juin 1921, définissait le Royaume comme «un Etat de Serbes, Croates et Slovènes, monarchie héréditaire, constitutionnelle et parlementaire. Son nom officiel est: Royaume des Serbes, Croates et Slovènes». Selon l'article 3, «la langue officielle du Royaume est le serbe-croate-slovène».

49. La Constitution du Royaume de Yougoslavie du 3 septembre 1931 n'en indiquait pas nommément les peuples constitutifs. Il n'était question

[96] *C.P.J.I. série A n° 21*, p. 124.

mentioned only indirectly, as, for example, in the provision of Article 3 of the Constitution stipulating that the "official language of the Kingdom [shall be] Serbian-Croat-Slovenian".

50. The resolution constituting Yugoslavia on the federal principle, approved by the Second Conference of the Anti-Fascist Council of National Liberation of Yugoslavia on 29 November 1943, said, *inter alia*,

> "By virtue of *the right of each people to self-determination including the right to separation or unification with other peoples*, . . . the Anti-Fascist Council of National Liberation of Yugoslavia, passes the following
>
> RESOLUTION
>
> . . . . . .
>
> (2) To effectuate the principle of sovereignty of the peoples of Yugoslavia, . . . Yugoslavia is being constructed and will be constructed on the federal principle which will secure full equality to *Serbs, Croats, Slovenians, Macedonians and Montenegrans, id est peoples of Serbia, Croatia, Slovenia, Macedonia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina* . . ."[97]

51. The first Constitution of the federal Yugoslavia of 1946 in its Article 1 defined the Federal Peoples' Republic of Yugoslavia as

> "a federal peoples' State in the form of a Republic, a community of equal peoples, who have expressed their will, based on the right to self-determination, including the right to separation, to live together in a federal State".

52. In the second Constitution of 1963, the Federation was defined as a:

> "Federal state of freely unified and equal peoples and a socialist democratic community based on the rule of working people and self-government."

The Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina of 1963, laid down in its Basic Principles, *inter alia*, that,

> "Linked throughout their common history by their living together, by their aspirations and struggle for freedom and social progress, *Serbs, Muslims and Croats*, overcoming the attempts of foreign powers and local reactionary forces, have come together for the first time in freedom, equality and brotherhood in their Republic, which became the political and social form of both their unity and mutual equality and their *equality with the other peoples of Yugoslavia with*

[97] Decision on building up Yugoslavia on the federal principle, *Official Gazette of DFJ*, No. 1/1945 (emphasis added).

de ceux-ci que de manière indirecte, par exemple à l'article 3 qui disposait que «la langue officielle du Royaume [est] le serbe-croate-slovène».

50. La résolution organisant la Yougoslavie selon le principe fédéral, approuvée le 29 novembre 1943 à la deuxième conférence du conseil antifasciste de la libération nationale de la Yougoslavie, contenait notamment cette disposition:

> «En vertu *du droit qu'a chaque peuple de disposer de lui-même, y compris le droit de se séparer d'autres peuples ou de s'unir avec eux* ... le conseil antifasciste de la libération nationale de la Yougoslavie adopte la présente
>
> RÉSOLUTION
>
> . . . . . .
>
> 2) Pour donner effet au principe de la souveraineté des peuples de Yougoslavie, ... la Yougoslavie est et sera édifiée selon le principe fédératif qui garantit la pleine égalité des *Serbes, Croates, Slovènes, Macédoniens et Monténégrins, c'est-à-dire des peuples de Serbie, Croatie, Slovénie, Macédoine, Monténégro et Bosnie-Herzégovine...*»[97]

51. La première constitution de la Yougoslavie fédérative, celle de 1946, définit en ces termes en son article premier la République fédérative populaire de Yougoslavie:

> «Etat fédéral populaire à forme républicaine, communauté de peuples égaux en droits qui, en vertu du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, y compris celui de sécession, ont décidé de vivre unis dans l'Etat fédéral».

52. La deuxième constitution, celle de 1963, définit la Fédération en ces termes:

> «Etat fédéral de peuples égaux librement unis, communauté démocratique socialiste fondée sur le pouvoir des travailleurs et l'autonomie politique.»

La Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine de 1963 dispose notamment dans ses «Principes fondamentaux»:

> «Liés dans toute leur histoire commune par leur coexistence, leurs aspirations et leur combat pour la liberté et le progrès social, les Serbes, les Musulmans et les Croates, surmontant les entreprises des puissances étrangères et des forces réactionnaires locales, se sont rassemblés pour la première fois dans la liberté, l'égalité et la fraternité, dans le cadre de leur république, qui est devenue la forme sociopolitique dans laquelle se sont incarnées leur unité et leur égalité et par

[97] Résolution portant constitution de la Yougoslavie selon le principe fédératif, *Journal officiel de la Fédération yougoslave*, n° 1/1945 (les italiques sont de moi).

> *whom they voluntarily entered a common state on the basis of the right to self-determination, including the right to separation:* the Federal Peoples' Republic of Yugoslavia thereby secured full equality and conditions of comprehensive national development, material and cultural progress for an overall socialist transformation." (Emphasis added.)

Article 1 of the Constitution of Bosnia and Herzegovina qualified it as "a state socialist democratic community of peoples of Bosnia and Herzegovina based on the rule of working people and self-government".

53. The Constitution of the SFRY of 1974 begins with Chapter I of the Basic Principles, which was worded as follows:

> "The peoples of Yugoslavia, starting from the right of each nation to self-determination, including the right to secession, on the grounds of their will freely expressed in the joint struggle of all peoples and nationalities in the national liberation war and socialist revolution . . . have created a socialist federal community of working people — the Socialist Federal Republic of Yugoslavia . . .".

In Chapter VII of the Basic Principles, it is stated, *inter alia*, that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia upholds:

> "— the right of each people freely to determine and build its social and political order by ways and means freely chosen;
> — the right of people to self-determination and national independence and the right to wage a liberation war, in pursuit of these causes;
> — regard for generally accepted norms of international law".

The Constitution of the SFRY in its operative part, defined it as a

> "federal State, a state community of freely united peoples and their socialist Republics . . . based on the rule and self-management of the working class and of all working people and the socialist self-managed democratic community of working people and citizens and equal peoples and nationalities" (Art. 1 of the Constitution).

54. The Constitution of 1974 of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina laid down in its Article 1:

> "The Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina is a socialist democratic State and socialist self-managed democratic community of working people and citizens, *peoples of Bosnia and Herzegovina — Muslims, Serbs and Croats,* with the members of other peoples and nationalities, who live in it, *based on* the rule and self-manage-

leur *égalité avec les autres peuples de Yougoslavie, avec lesquels ils ont volontairement formé un Etat commun sur la base du droit à disposer de soi-même, y compris le droit de se séparer les uns des autres*: la République fédérative populaire de Yougoslavie garantit ainsi la pleine égalité et l'existence des conditions d'un développement national général et du progrès culturel et matériel sur la voie d'une transformation socialiste globale.» (Les italiques sont de moi.)

A l'article premier, la Bosnie-Herzégovine est qualifiée de «communauté socialiste démocratique constituée d'un Etat des peuples de Bosnie-Herzégovine, fondée sur le pouvoir des travailleurs et l'autonomie politique».

53. La Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie de 1974 commence par l'exposé de «Principes fondamentaux», dont le chapitre I se lisait comme suit:

> «Partant du droit de chaque peuple à l'autodétermination, y compris le droit à la sécession, en vertu de leur volonté librement exprimée dans la lutte commune de toutes les nations et nationalités au cours de la guerre de libération nationale et de la révolution socialiste ... ont créé une communauté fédérative socialiste de travailleurs — la République fédérative socialiste de Yougoslavie...»

Le chapitre VII de ces «Principes fondamentaux» déclare notamment que la République fédérative socialiste de Yougoslavie reconnaît:

> «— le droit qu'a chaque peuple de définir et d'édifier son propre ordre social et politique par des voies et moyens librement choisis;
> — le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et à accéder à l'indépendance nationale, le droit de mener une guerre de libération pour réaliser ces fins;
> — le devoir de respecter les règles de droit international généralement reconnues».

Dans le corps de ses dispositions, la Constitution définit la République fédérative socialiste de Yougoslavie de la manière suivante:

> «un Etat fédéral — communauté étatique de nations librement unies et de leurs républiques socialistes ... fondée sur le pouvoir et l'autogestion de la classe ouvrière et de tous les travailleurs, et communauté démocratique autogestionnaire socialiste de travailleurs et de citoyens, de nations et de nationalités égales en droits» (article premier de la Constitution).

54. La Constitution de 1974 de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine dispose en son article premier:

> «La République socialiste de Bosnie-Herzégovine est un Etat démocratique socialiste et une communauté démocratique pratiquant l'autogestion socialiste, qui est composée de travailleurs et de citoyens, *des peuples de Bosnie-Herzégovine — Musulmans, Serbes et Croates* — et de personnes appartenant à d'autres peuples et

ment of the working class and all working people and *on sovereignty and equality of the peoples of Bosnia and Herzegovina* and the members of other nations and nationalities, living in it.

The Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina is an integral part of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia." (Emphasis added.)

Article 2 of the Constitution of Bosnia and Herzegovina stipulates:

"Working people and citizens, *peoples of Bosnia and Herzegovina — Serbs, Croats and Muslims* and members of other nations and nationalities *shall exercise their sovereign rights in the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina*, except for those rights which the Constitution of the SFRY has designated to be exercised in the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the common interest of working people and citizens, peoples and nationalities." (Emphasis added.)

The Preamble says, *inter alia*, that

"peoples of Bosnia and Herzegovina — *Muslims, Serbs and Croats* . . . along with workers and other working people and citizens and peoples and nationalities in other socialist republics and socialist autonomous provinces of the Socialist Republic of Yugoslavia achieved significant success in . . . advancing . . . unity and equality . . ."

and further states that

"the social and political order of Bosnia and Herzegovina is based on the principles laid down in the SFRY constitution by the peoples and nationalities and working people of Yugoslavia".

The Basic Principles of the Constitution stipulate that

"*The peoples of Bosnia and Herzegovina — Serbs, Muslims and Croats* . . . with other peoples and nationalities of Yugoslavia, . . . *based on the right to self-determination including the right to secession, have voluntarily come together in the common State — the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, and have thereby secured full equality and the conditions for comprehensive national development . . ." (Chapter I of the Basic Principles.)

Chapter II of the same Basic Principles stipulates, *inter alia*, that

"*the peoples of Bosnia and Herzegovina — Croats, Serbs and Muslims* and members of other peoples and nationalities shall *exercise within the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina*, as a State and self-managed community, *their sovereign rights and* further their class and *national interests*." (Emphasis added.)

nationalités qui y vivent, et elle est fondée sur le pouvoir et l'autogestion de la classe ouvrière et de tous les travailleurs ainsi que sur *la souveraineté et l'égalité des droits des peuples de Bosnie-Herzégovine* et des personnes d'autres peuples et nationalités qui y vivent.

La République socialiste de Bosnie-Herzégovine fait partie intégrante de la République fédérative socialiste de Yougoslavie.» (Les italiques sont de moi.)

L'article 2 de la Constitution est ainsi conçu:

«Les travailleurs et les citoyens, *les peuples de Bosnie-Herzégovine — Serbes, Croates et Musulmans* — et les personnes appartenant à d'autres peuples et nationalités *exercent leurs droits souverains dans la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, à l'exception des droits qui, dans l'intérêt commun des travailleurs et des citoyens, des peuples et des nationalités, sont mis en œuvre dans la République fédérative socialiste de Yougoslavie en vertu de sa constitution.» (Les italiques sont de moi.)

Il est dit notamment dans le préambule que:

«les peuples de Bosnie-Herzégovine — *Musulmans, Serbes et Croates* ... ainsi que les ouvriers et autres travailleurs et citoyens, les peuples et les nationalités des autres républiques socialistes et des provinces socialistes autonomes de la République fédérative socialiste de Yougoslavie ont obtenu des succès marquants sur ... la voie ... de l'unité et de l'égalité...»

et plus loin que:

«l'ordre social et politique de la Bosnie-Herzégovine est fondé sur les principes consacrés dans la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie par les peuples et les nationalités et les travailleurs de Yougoslavie».

Il est dit dans les «Principes fondamentaux» de la Constitution que:

«*Les peuples de Bosnie-Herzégovine — Serbes, Musulmans et Croates* ... et les autres peuples et nationalités de Yougoslavie ... *exerçant leur droit de disposer d'eux-mêmes, y compris le droit de faire sécession, se sont volontairement réunis en un Etat commun — la République fédérative socialiste de Yougoslavie*, et se sont ainsi assuré les conditions de leur pleine égalité et d'un développement national général...» (Chap. I.)

Le chapitre II des mêmes «Principes fondamentaux» dispose notamment que:

«*les peuples de Bosnie-Herzégovine — Croates, Serbes et Musulmans* et les membres des autres peuples et nationalités — *exerceront dans le cadre de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, en tant qu'Etat et communauté autogérée, *leurs droits souverains et* feront valoir leurs intérêts de classe et leurs *intérêts nationaux*» (les italiques sont de moi).

It is made particularly clear that

> "Starting from the principles . . . of respect for freedom and independence of peoples, active peaceful coexistence, openness to the world and the need for the development of comprehensive international cooperation, the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina shall participate, on an equal footing with other republics and autonomous provinces, in the exercise of the foreign policy of the Socialist Republic of Yugoslavia." (Chapter X of the Basic Principles.)

On 31 July 1990 the Assembly of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina approved Amendments LIX-LXXX to the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina (*Official Gazette of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina*, No. 21 of 31 July 1990). Amendment LX replaced paragraph 1 of Article 1 of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina and reads as follows:

> "1. The Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina is *a democratic sovereign state of equal citizens, peoples of Bosnia and Herzegovina — Muslims, Serbs and Croats* and members of other peoples and nationalities living in it."

Amendment LI stipulates that:

> "All peoples and nationalities will be guaranteed proportionate representation in the assemblies of socio-political communities, bodies elected by them in the Presidency of SR B-H and in other State organs" (this amendment is added to Article 3 of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina).

Paragraph 10 of Amendment LXX stipulates that:

> "The Assembly of SR Bosnia and Herzegovina shall form a Council to deal with the question of the exercise of the equality of peoples and nationalities of Bosnia and Herzegovina. Members of the Council will be appointed from the ranks of deputies — members of the nations of Bosnia and Herzegovina — Muslims, Serbs and Croats in equal proportion, and respective number of deputies from the ranks of other peoples and nationalities and others who live in Bosnia and Herzegovina. The *Council shall reach its decision by a consensus of the members of all nations and nationalities.* The Council shall specifically discuss the issues relating to the equality of languages and alphabets; the organization and activities of cultural institutions of particular importance for the expression and affirmation of the national specificities of individual peoples and nationalities and *the promulgation of regulations to implement constitutional provisions expressly determining the principles of equality among peoples and nationalities.*" (Emphasis added.)

Il est précisé particulièrement que:

> «Inspiré par les principes ... du respect de la liberté et de l'indépendance des peuples, de la coexistence pacifique active, de l'ouverture au monde et du développement nécessaire d'une coopération internationale générale, la République socialiste de Bosnie-Herzégovine participera, sur un pied d'égalité avec les autres républiques et provinces autonomes, à l'exercice de la politique étrangère de la République fédérative socialiste de Yougoslavie.» («Principes fondamentaux», chap. X.)

Le 31 juillet 1990, l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine a adopté les amendements LIX à LXXX à la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine (*Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 21, 31 juillet 1990). Le texte de l'amendement LX, qui se substitue au paragraphe 1 de l'article premier de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, se lit comme suit:

> «1. La République socialiste de Bosnie-Herzégovine est *un Etat souverain démocratique composé, dans l'égalité, des citoyens, des peuples de Bosnie et d'Herzégovine — des Musulmans, des Serbes, des Croates,* ainsi que des autres peuples et nationalités qui vivent dans la République.»

L'amendement LI dispose que:

> «Une représentation proportionnelle est garantie à tous les peuples et à toutes les nationalités dans les assemblées des communautés sociopolitiques, dans les organes élus par celles-ci à la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine et dans les autres organes de l'Etat.» (Le texte de l'amendement s'ajoute à l'article 3.)

Le paragraphe 10 de l'amendement LXX est ainsi conçu:

> «L'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine créera un conseil chargé de régler la question de l'égalité des peuples et des nationalités de Bosnie-Herzégovine. Les membres du conseil seront choisis parmi les députés membres des nations de Bosnie-Herzégovine — Musulmans, Serbes et Croates — en proportions égales, et d'un certain nombre de membres choisis parmi les députés des autres peuples et nationalités ou autres populations qui vivent en Bosnie-Herzégovine. Le *conseil prendra sa décision par consensus des représentants de toutes les nations et nationalités.* Le conseil débattra particulièrement des questions liées à l'égalité des langues et des alphabets, à l'organisation et aux activités des institutions culturelles ayant une importance particulière pour l'expression et l'affirmation des particularités des divers peuples et des diverses nationalités, et à la *promulgation des règlements d'application des dispositions constitutionnelles fixant expressément les principes de l'égalité des peuples et des nationalités.*» (Les italiques sont de moi.)

55. A consistently undeniable fact, underlying the broad spectrum of changes that have affected the Yugoslav State since its inception in 1918, was a point of departure, explicit or implicit, of all constitutional solutions: *that is that Yugoslavia has primarily been a community of peoples since its birth.*

The subject of changes was the number of constitutive, State-making peoples. At the moment of its inception in 1918, Yugoslavia was a community of three constitutive peoples (Serbs, Croats and Slovenes). The Federal Constitution of 1946 recognized the status of constitutive peoples of Macedonians and Montenegrans, who used to be taken to be parts of the Serbian national *corps.* Finally, the Constitution of 1963 included Muslims in the ranks of constitutive peoples.

56. Since the formation of the Yugoslav State as a federation this *constant has governed fully, and without any reservation, the federal unit of Bosnia and Herzegovina.* Hence, the widely used but somewhat literary qualification of Bosnia and Herzegovina as the "small Yugoslavia", where the essential characteristics of the Yugoslav federation are expressed in a narrow margin.

Federal Yugoslavia was formed under the resolution of the Second Conference of the Anti-Fascist Council of National Liberation of Yugoslavia in 1943, as a community of sovereign and equal peoples, while subsequent constitutional intervention created republics, as federal units. Thus, like the rest of the republics, Bosnia and Herzegovina was formally brought into being by its Constitution of 1946, although temporary authorities had been created since the adoption of the resolution establishing Yugoslavia as a federal State.

In the light of both the federal Constitution of 1946 and the republican Constitution promulgated the same year, Bosnia and Herzegovina was formed as a State of Serb and Croat peoples. Muslims participated in the formation of the Yugoslav federation and in Bosnia and Herzegovina itself as an integral part of the Serb or Croat peoples, or more precisely as the Serbs or Croats of Muslim religion, not as a constitutive people, endowed with the right to self-determination.

57. The constitutional solutions of 1963 changed the constitutional position of Muslims, promoting them into a constitutive people. In keeping with this change Bosnia and Herzegovina was defined by its republican Constitution of 1963 as the "state socialist democratic union of peoples of Bosnia and Herzegovina . . .". The Basic Principles of the Constitution named as "peoples of Bosnia and Herzegovina": "the Serbs, Muslims and Croats". This status was reserved for the Muslims in the constitutional regulations of 1974.

In other words, the Muslims were turned into a constitutive nation *ex post*, after Bosnia and Herzegovina had been formed, on the basis of the exercised right to self-determination of Serbs and Croats, as a federal unit

55. Il est un fait depuis toujours indéniable, que l'on retrouve sous tous les changements, fort variés, qu'a connus l'Etat yougoslave depuis sa création en 1918 et qui a été, implicitement ou explicitement, à la base de toutes les configurations constitutionnelles de l'Etat, *à savoir que la Yougoslavie a toujours été essentiellement, depuis sa naissance, une communauté de peuples.*

Ce qui a changé, c'est le nombre de peuples constitutifs de l'Etat. Au moment de sa création, en 1918, la Yougoslavie était une communauté de trois peuples: les Serbes, les Croates et les Slovènes. La Constitution fédérale de 1946 a reconnu la qualité de peuple constitutif aux Macédoniens et aux Monténégrins, considérés jusque-là comme des «fractions de l'entité nationale serbe». Enfin, la Constitution de 1963 a fait figurer les Musulmans parmi les peuples constitutifs.

56. Depuis la constitution en fédération de l'Etat yougoslave, *cette constante a dominé totalement et sans aucune restriction l'entité fédérale qu'était la Bosnie-Herzégovine.* C'est là l'origine du qualificatif de «petite Yougoslavie», quelque peu littéraire mais largement employé à l'endroit de la Bosnie-Herzégovine, où les traits essentiels de la Fédération yougoslave sont reproduits dans un cadre exigu.

La Yougoslavie fédérative s'est formée, aux termes de la résolution prise, en 1943, par la deuxième conférence du conseil antifasciste de libération nationale de la Yougoslavie, en tant que communauté de peuples souverains et égaux, des initiatives constitutionnelles devant par la suite instituer les républiques en entités fédérales. Ainsi donc, comme les autres républiques, la Bosnie-Herzégovine est officiellement née de la Constitution de 1946 — sans compter que des autorités provisoires avaient été mises en place dès l'adoption de la résolution portant création de l'Etat fédératif de Yougoslavie.

Aux termes de la Constitution fédérale de 1946 et de sa propre constitution promulguée la même année, la Bosnie-Herzégovine a vu le jour en tant qu'Etat des peuples serbes et croates. Les Musulmans ont participé à la formation de la Fédération yougoslave et à celle de la Bosnie-Herzégovine elle-même, en tant que partie intégrante des peuples serbes ou croates, ou, pour être plus précis, en tant que Serbes ou Croates de religion musulmane, et non en tant que peuple constitutif doté du droit de disposer de lui-même.

57. Les solutions constitutionnelles retenues en 1963 ont modifié le statut constitutionnel des Musulmans pour en faire un peuple constitutif. Par suite de ce changement, la Bosnie-Herzégovine est définie dans la Constitution de la République de 1963 comme un Etat formé de «l'union démocratique socialiste des peuples de Bosnie-Herzégovine...» Les principes fondamentaux de la Constitution qualifient de «peuples de Bosnie-Herzégovine», «les Serbes, les Musulmans et les Croates». Les règlements constitutionnels de 1974 ont conservé aux Musulmans ce statut.

Autrement dit, les Musulmans ont été transformés en nation constitutive à posteriori, par l'exercice du droit à l'autodétermination des Serbes et des Croates, après formation de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'entité

within the Yugoslav federation. Does this fact influence the scope and quality of the rights of Muslims as a constitutive nation? The reply can only be in the negative. Having been granted the status of a constitutive nation, the Muslims came into possession of absolutely equal rights in the same way as Serbs and Croats in Bosnia and Herzegovina. The full equality of rights of constitutive peoples was accentuated *in continuo* by all constitutional solutions, whether federal or in Bosnia and Herzegovina, between 1946 and 1974. This was effected not only by the use of corresponding terms (*exempli causa*, "the right of each people"; "full equality"; "sovereignty and equality of peoples") but by inversion in quoting the names of peoples, strikingly present in the constitutions of Bosnia and Herzegovina, so as to stress both in substance and diction the full equality of constitutive peoples. *In concreto*, equality is both an explicit and implicit reference to the right of "each nation to self-determination including the right to secession or unification with other peoples".

58. *In the light of constitutional solutions and consequent legal and political practice resulting in the qualification of Bosnia and Herzegovina as a federation of nations, personal federation* sui generis *was the closest to the actual state of affairs*. Such a qualification was justified by several facts of fundamental importance.

Firstly, in the light of both norms and facts, Bosnia and Herzegovina was a community of three peoples. The Republic of Bosnia and Herzegovina was not, unlike the rest of the Yugoslav republics, a genuine, original form of the State personality of the Yugoslav State, but was created *ex post*, as a relevant form of internal administrative and territorial division of the State in the federal phase of its existence. *Ratione valorem*, Bosnia and Herzegovina was not only constituted but also functioned, in political and legal terms, as a community of peoples. It suffices to point to the composition of the bodies of authority in the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina. The issue of cadres in Bosnia and Herzegovina was governed by the "Social compact on personal policy in SR of Bosnia and Herzegovina"[98]. Article 7 (3) thereof bound the signatories of the compact to secure:

> "the proportionate and, in particular, adequate representation of peoples and nationalities on the assemblies of socio-political communities, state organs and bodies of socio-political organizations in the Republic and election to posts with a term of office of one or two years from among the ranks of all the peoples".

[98] *Official Gazette of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina*, No. 34 of 8 November 1982.

de la Fédération yougoslave. Cette circonstance a-t-elle un effet sur l'étendue et la nature des droits des Musulmans en tant que nation constitutive? On ne peut que répondre par la négative. Ayant acquis la qualité de nation constitutive, les Musulmans sont entrés en possession de droits absolument égaux au même titre que les Serbes et les Croates de Bosnie-Herzégovine. La pleine égalité des droits des peuples constitutifs n'a cessé d'être confirmée dans tous les textes constitutionnels ultérieurs, ceux de la Fédération comme ceux de la Bosnie-Herzégovine, de 1946 à 1974. Cette confirmation s'exprime non seulement par l'emploi de termes correspondants («le droit de chaque peuple», «pleine égalité», «souveraineté et égalité des peuples» à titre d'exemple), mais encore par l'inversion de l'ordre dans lequel les peuples sont cités — considération particulièrement significative dans les constitutions de la Bosnie-Herzégovine — qui tend à bien marquer, tant par le fond que par la manière de s'exprimer, la pleine égalité des peuples constitutifs. En termes concrets, cette égalité renvoie, de manière à la fois explicite et implicite, au droit qu'a «chaque nation de disposer d'elle-même, y compris le droit de se séparer d'autres nations ou de s'unir à elles».

58. *A considérer les divers choix constitutionnels — et la pratique juridique et politique qui en a découlé — qui ont amené à qualifier la Bosnie-Herzégovine de fédération de nations, le concept* sui generis *de fédération de personnes était celui qui se rapproche le plus de la réalité de la situation.* Cette façon de voir les choses était corroborée par plusieurs éléments factuels d'importance fondamentale.

En premier lieu, du point de vue du droit comme du point de vue des faits, la Bosnie-Herzégovine était une communauté de trois peuples. La République de Bosnie-Herzégovine n'était pas, à la différence des autres républiques yougoslaves, une forme authentique, originelle, de la personnalité d'Etat de la Yougoslavie, elle a été créée à posteriori à titre de subdivision administrative et territoriale interne de l'Etat, dans la phase fédérale de l'existence de celui-ci. *Ratione valorem*, la Bosnie-Herzégovine n'était pas seulement formée, elle fonctionnait aussi, sur le plan politique et sur le plan juridique, comme une communauté de peuples. On en donnera pour preuve la composition des organes directeurs de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine. La question des cadres dirigeants de celle-ci était réglée par le «pacte social relatif à la politique du personnel en République socialiste de Bosnie-Herzégovine»[98]. Au paragraphe 3 de l'article 7 de ce pacte, les signataires se sont engagés à garantir:

> «la représentation proportionnée et adéquate des peuples et des nationalités aux assemblées des communautés sociopolitiques, des institutions publiques et des organes des formations sociopolitiques de la République, et l'élection aux charges publiques, pour un mandat de un ou deux ans, de candidats choisis parmi tous les peuples».

[98] *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 34, du 8 novembre 1982.

Such a solution was also legally sanctioned. Article 170*a* of the Law on the Changes and Amendments of the Law on State Administration[99] stipulated that any

> "Official as head of an administrative agency and his deputy may be recalled before the end of their respective terms if so required by eligibility criteria for the equal representation of peoples . . . of Bosnia and Herzegovina in State administration and in pursuance of personnel policy".

An identical provision is contained in Article 175*a* of the same law relating to high political officials.

The above facts suggest that Bosnia and Herzegovina was phenomenologically only apparently a federal unit, while substantively and materially it was a union of its constitutive peoples.

Secondly, *the SFRY Constitution of 1974 and the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina promulgated the same year, defined the right to self-determination as a subjective, collective right of peoples.* Such a provision was consigned in earlier constitutions. It derives from the very nature of the matter. The subject entitled to self-determination is, by definition, a people. It is yet another question that, on the one hand, the right to self-determination is exercised on the territory in question, and that, on the other, in the circumstances of a territorialized international community the consequences of the exercised right to self-determination are territorialized. Overlapping of the right to self-determination and territorialization occurs, as a rule, in single-people communities, and it follows that formulations which recognize the right to a territorial entity are colloquial formulations. However, in multi-ethnic communities composed of peoples provided with equal rights, a territory is exclusively an area where equal rights of self-determination are exercised.

Thirdly, *Bosnia and Herzegovina, as a federal unit, was not equipped with a right to self-determination that would include the right to secession.*

Fourthly, *Bosnia and Herzegovina likewise possessed none of the classic attributes of statehood which are characteristic of federal units in modern federations.* Although a "constitutive element of the federation" Bosnia and Herzegovina was, in the structure of Yugoslav federalism like other federal units, designed — both constitutionally and legally — in a specific way. After 1963, it had dichotomic properties: on the one hand, it possessed the powers characteristic of most of the other federal units in contemporary federations, and, on the other, it represented the socialist

[99] *Official Gazette of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina*, No. 10 of 28 March 1991.

Cette solution avait aussi sa sanction légale. Le paragraphe *a)* de l'article 170 de la loi relative aux amendements et aux modifications de la loi sur l'administration publique[99] prévoyait que

> «le directeur d'une administration publique et son adjoint peuvent être démis de leurs fonctions avant la fin de leur mandat dans le cas où l'exigent les critères d'éligibilité tendant à assurer la représentation équitable des peuples ... de Bosnie-Herzégovine dans l'administration de l'Etat et la mise en œuvre de la politique du personnel».

Le paragraphe *a)* de l'article 175 de cette loi contient une disposition analogue concernant les hautes fonctions politiques.

On est ainsi amené à conclure que, d'un point de vue phénoménologique, la Bosnie-Herzégovine n'était une entité fédérale qu'en apparence et qu'elle était, dans son essence et dans sa réalité matérielle, l'union des peuples qui la constituaient.

En deuxième lieu, *la Constitution de 1974 de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine promulguée la même année définissaient le droit à l'autodétermination comme un droit des peuples subjectif et collectif.* Cette disposition était reprise des constitutions antérieures. Elle répond à la nature même de la situation. Le sujet investi du droit à disposer de lui-même est, par définition, un peuple. Mais le fait que le droit à disposer de soi-même soit exercé sur un certain territoire est tout à fait différent du fait que, dans le cas d'une communauté multinationale disposant d'un territoire, les conséquences de l'exercice de ce droit sont elles-mêmes territorialisées. En règle générale, le droit à l'autodétermination et l'existence d'un territoire se superposent dans le cas d'une communauté monoethnique; ainsi les formulations qui reconnaissent le droit à une entité territoriale ne sont qu'une commodité de langage. Mais dans le cas de communautés multiethniques, composées de peuples dotés de droits égaux, le territoire n'est que le champ matériel de l'exercice de droits égaux à l'autodétermination.

En troisième lieu, *la Bosnie-Herzégovine, en tant qu'entité fédérale, n'avait pas le bénéfice du droit à l'autodétermination, y compris le droit de sécession.*

En quatrième lieu, *la Bosnie-Herzégovine ne possédait non plus aucun des attributs classiques de l'Etat qui caractérisent les entités fédérales des fédérations modernes.* Bien qu'elle fût «un élément constitutif de la fédération», la Bosnie-Herzégovine, comme d'autres entités fédérales, répondait à une conception constitutionnelle et juridique particulière dans le fédéralisme yougoslave. A partir de 1963, elle a présenté une dichotomie: d'un côté elle était dotée des pouvoirs qui caractérisent la plupart des entités fédérales des fédérations contemporaines; de l'autre côté, elle

[99] *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 10, du 28 mars 1991.

self-managed democratic community of working people and citizens, peoples of Bosnia and Herzegovina — Muslims, Serbs and Croats — and members of other peoples and nationalities living in it, based on the rule and self-management and equality of peoples of Bosnia and Herzegovina (Article 1 of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina of 1974). That dichotomy of Bosnia and Herzegovina's personality within the Yugoslav constitutional system is a result of a fundamental ideological overtone of the premise that a State, as a class creation, is a passing historical phenomenon, incompatible with the nature of a socialist society and consequently doomed to wither away. "De-etatization" was the main motto of the Yugoslav constitutional approach after the introduction of self-management as a basic social relationship — society *versus* State was the fundamental political orientation which operated even in the domain of legal norms. "De-etatization" gave birth to "working people and peoples" so that federalism was no longer "governmental" but "sociopolitical". Mutual relations between the parts of the dichotomy of Bosnia and Herzegovina attributed more weight to the part representing the self-managing community. This is clearly suggested by the constitutional positioning of self-management and the ensuing social ownership over the means of production, as the basic social relationship (Chapter II of the Basic Principles of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina of 1974). Hence, *exempli causa* Bosnia and Herzegovina itself is defined as the "socialist self-managed democratic community" (Article 1 of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina of 1974), while "the Assembly is an organ of socialist self-management and the highest deliberative body in the domain of rights and obligations of the socio-political community" (Article 136 of the Constitution of Bosnia and Herzegovina).

The fact that Bosnia and Herzegovina is essentially a community of peoples has been confirmed by the consolidated text of the Constitution of Bosnia and Herzegovina adopted in March 1993 after the proclamation of the sovereignty and independence of that federal unit as well as by a series of instruments on the international plane. Article 1 of that consolidated text defines the Republic of Bosnia and Herzegovina as a "sovereign and independent state . . . of the peoples of Bosnia and Herzegovina — Moslems, Serbs, Croats and members of other peoples living in it". The precise sense of that wording may be ascertained when one takes into account the interpretative provision of Article 269 of the refined text of the Constitution (Transitional Final Provisions). Article 269 provides that:

> "The term used in the Constitution 'members of other peoples who live in the Republic' or 'members of other peoples who live in it' denotes the nationalities of national minorities in Bosnia and Herzegovina."

The above-mentioned text of the Constitution likewise conserved the substantial characteristics of Bosnia and Herzegovina as a personal

représentait une communauté démocratique socialiste autogérée de travailleurs et de citoyens — les peuples de Bosnie-Herzégovine (Musulmans, Serbes, Croates) et les membres des autres peuples ou nationalités vivant sur le territoire — fondée sur le pouvoir et l'autogestion de la classe ouvrière et de tous les travailleurs ainsi que sur la souveraineté et l'égalité des droits des peuples de Bosnie-Herzégovine (article premier de la Constitution de 1974 de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine). Cette dichotomie de la personnalité de la Bosnie-Herzégovine dans l'appareil constitutionnel de la Yougoslavie résulte d'un sous-entendu idéologique fondamental qui postule que l'Etat, création de classe, est un phénomène historique passager, incompatible avec la société socialiste et par conséquent voué à disparaître. «Désétatisation» était le maître mot de la philosophie constitutionnelle de la Yougoslavie après l'érection de l'autogestion en mécanisme organisateur de la société: la société contre l'Etat, tel était le parti pris politique fondamental qui s'imposait même dans la sphère du droit. La «désétatisation» a donné naissance à la notion de «travailleurs et peuples», de telle sorte que le fédéralisme, cessant d'être «gouvernemental» est devenu «sociopolitique». Le jeu entre ces deux aspects antagonistes de la Bosnie-Herzégovine faisait la part belle à l'aspect «communauté autogérée». C'est ce que font clairement apparaître le statut constitutionnel de l'autogestion et l'appropriation par la société, qui en découle, des moyens de production, fondement des relations sociales (chapitre II des «Principes fondamentaux» de la Constitution de 1974 de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine). Ainsi, la Bosnie-Herzégovine elle-même était définie comme la «communauté démocratique pratiquant l'autogestion socialiste» (article premier de la Constitution de 1974). et l'Assemblée comme «un organe d'autogestion socialiste et l'organe délibérant suprême dans le domaine des droits et des obligations de la communauté sociopolitique» (art. 136).

Le fait que la Bosnie-Herzégovine était essentiellement une communauté de peuples s'est trouvé confirmé dans le «texte consolidé» de la Constitution de Bosnie-Herzégovine, paru en mars 1993, après la proclamation de l'indépendance et de la souveraineté de cette entité fédérale, et confirmé encore à l'échelon international par une série d'instruments. La République de Bosnie-Herzégovine est définie à l'article premier de ce «texte consolidé» comme un «Etat souverain indépendant ... des peuples de Bosnie-Herzégovine — Musulmans, Serbes, Croates et membres des autres peuples qui vivent sur le territoire». Pour comprendre le sens exact de cette formule, il faut la rapprocher de la disposition interprétative de l'article 269 («Dispositions finales transitoires»), ainsi libellé:

> «Le terme de «membres des autres peuples qui vivent dans la République» et le terme de «membres des autres peuples qui vivent sur le territoire» utilisés dans la Constitution visent les nationalités minoritaires de la Bosnie-Herzégovine.»

Le texte constitutionnel susmentionné préservait les caractéristiques essentielles que présentait la Bosnie-Herzégovine en tant que fédération per-

federation. On the basis of the principle of the "equality of the peoples of Bosnia and Herzegovina" it is stipulated that:

> "In the assemblies of the socio-political communities, and in the bodies elected by them of the Presidency of the Republic of Bosnia and Herzegovina, proportional representation shall be guaranteed to the peoples of Bosnia and Herzegovina and to the other peoples living in it."[100]

All the plans for the constitutional arrangements of Bosnia and Herzegovina submitted during the negotiations about the peaceful solution of the conflict in Bosnia and Herzegovina start from the qualification of Bosnia and Herzegovina as a community of peoples.

In the draft "Constitutional Structure for Bosnia and Hercegovina", submitted by the Co-Chairmen on 27 October 1992, and on 16 November specifically endorsed by the Security Council (resolution 787 (1992) para. 1) (the so-called Vance-Owen Plan), it is said, *inter alia*, that: "*(c)* The constitution is to recognize three 'constituent peoples', as well as groups of 'others'"[101]. Article 1 of Chapter 1 of the "Constitutional Arrangements of the Union of Republic of Bosnia and Hercegovina" submitted by the Co-Chairmen Owen and Stoltenberg in September 1993, envisaged that:

> "[t]he Union of Republic of Bosnia and Hercegovina is composed of three Constituent Republics and encompasses three constituent peoples: the Muslims, Serbs and Croats, as well as a group of other peoples"[102].

In the Preamble to Annex 4 of the Dayton Agreement "Bosniacs, Croats, and Serbs" are qualified as constituent peoples (A/50/790/S/1995/999, p. 59). So it can be said that the fact that Bosnia and Herzegovina is essentially a community of peoples is recognized on an international plane.

3. The promulgation of Bosnia and Herzegovina as a sovereign State

59. In the part of the Memorial entitled: "The International Status of Bosnia and Herzegovina", "*(a)* The alleged absence of statehood of Bosnia and Herzegovina", the Applicant, summing up its views of the subject matter, states:

> "The existence of the main elements in this respect has been summed up by the Arbitration Commission in its Opinion No. 11 of 16 July 1993:

---

[100] Article 3 (1.3) of the refined text of the Constitution of the Republic of Bosnia and Herzegovina.

[101] ICFY/6, Annex I, S/25403.

[102] Agreement relating to Bosnia and Herzegovina, ICFY, Appendix I.

sonnelle. Il y était précisé, sur la base du principe de l'«égalité des peuples de Bosnie-Herzégovine», que:

> «Dans les assemblées des communautés sociopolitiques et dans les organes qu'elles élisent à la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine, une représentation proportionnelle est garantie aux peuples de Bosnie-Herzégovine et aux autres peuples qui vivent sur le territoire.»[100]

Tous les projets de structure constitutionnelle proposés pour la Bosnie-Herzégovine au cours des négociations visant à trouver une solution politique au conflit en Bosnie-Herzégovine prennent pour point de départ une Bosnie-Herzégovine qualifiée de communauté de peuples.

Le projet de «Structure constitutionnelle proposée pour la Bosnie-Herzégovine» présenté par les coprésidents le 27 octobre 1992 (dit «plan Vance-Owen») et approuvé expressément le 16 novembre par le Conseil de sécurité (résolution 787 (1992), par. 1), prévoyait notamment que: «C. Le fait qu'il existe trois grands groupes «ethniques» (nationaux/religieux) ainsi qu'un groupe «divers» doit être reconnu dans la Constitution.»[101] L'article premier du chapitre premier de l'«Accord constitutionnel relatif à l'union des Républiques de Bosnie-Herzégovine» présenté par les coprésidents Owen et Stoltenberg en septembre 1993 disposait que:

> «l'union des Républiques de Bosnie-Herzégovine est composée de trois républiques constitutives et comprend trois peuples constitutifs: les Musulmans, les Serbes et les Croates, ainsi qu'un groupe d'autres peuples»[102].

Le préambule de l'annexe 4 des accords de Dayton qualifie «les Bosniaques, les Croates et les Serbes» de «peuples constitutifs» (A/50/790-S/1995/999, p. 54). On peut donc conclure que le fait que la Bosnie-Herzégovine est essentiellement une communauté de peuples est reconnu sur le plan international.

3. La proclamation de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat souverain

59. Dans la partie de son mémoire qui porte le titre: «Le statut international de la Bosnie-Herzégovine», *«a)* Le prétendu défaut de qualité d'Etat de la Bosnie-Herzégovine», le demandeur résume en ces termes sa position sur la question:

> «La commission d'arbitrage a constaté l'existence des principaux éléments à cet égard dans son avis n° 11 du 16 juillet 1993:

[100] Paragraphe 1.3 de l'article 3 du texte consolidé de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine.

[101] Rapport du Secrétaire général sur la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie (S/24795).

[102] Doc. S/26337/Add. 1, app. I.

> 'in a referendum held on 29 February and 1 March 1992, the majority of people of the Republic have expressed themselves in favour of a sovereign and independent Bosnia, the result of the referendum was officially promulgated on 6 March, and since that date, notwithstanding the dramatic events that have occurred in Bosnia and Herzegovina, the constitutional authorities of the Republic have acted like those of sovereign state in order to maintain its territorial integrity and their full and exclusive powers'."[103]

60. Two conditions should have been met to make the promulgation of sovereignty and independence of Bosnia and Herzegovina legally perfect, in the light of internal law of SFRY, as follows:

first, that Yugoslav law should have provided for the right to secession of federal units; and

second, that the procedure prescribed by the Constitution and law should have been observed, for,

> "[w]hether the federation dissolves into two or more states also brings into focus the doctrine of self-determination in the form of secession. Such a dissolution may be the result of an amicable and constitutional agreement or may occur pursuant to a forceful exercise of secession. In the latter case, international legal rules may be pleaded in aid, but the position would seem to be that (apart from recognised colonial situations) there is no right of self-determination applicable to independent states that would justify the resort to secession."[104]

61. The Yugoslav federal units possessed no right to secession *(jus secessionis)*, beyond any doubt. The right to self-determination was absolutely reserved for constitutive nations (see paras. 48-56 above).

In the part relating to external self-determination, the provisions of the SFRY constitution offer the conclusion that the right to external self-determination had been fully exercised.

To begin with "the right to self-determination, including the right to secession" was formulated in the past tense in the SFRY Constitution, as in all previous constitutions of the federal Yugoslavia. Then, the right in question was located in the Basic Principles of the Constitution and there was no mention of it in the operative provisions of the Constitution. Finally, neither the Constitution nor the law envisaged any procedure for an exercise of the right to self-determination. In other words, the constitutive nations of Yugoslavia exercised the right to external self-determination at the time of the formation of the federal Yugoslavia. Once they had decided to live in a common State they dispensed with that right, which from that time on constituted a legal merit of existence of the com-

[103] Memorial, para. 4.2.1.10.
[104] M. N. Shaw, *International Law*, 1986, p. 139.

> «par un référendum tenu les 29 février et 1er mars 1992, la majorité de la population de cette république s'est prononcée en faveur d'une Bosnie souveraine et indépendante. Les résultats de ce référendum ont été proclamés officiellement le 6 mars et, quels que soient les événements dramatiques qui ont affecté depuis lors la Bosnie-Herzégovine, les autorités constitutionnelles de cette république se sont, depuis cette date, comportées comme celles d'un Etat souverain en vue de maintenir son intégrité territoriale et la plénitude et l'exclusivité de leurs compétences.»[103]

60. Pour être parfaite sur le plan juridique, la proclamation de la souveraineté et de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine aurait dû, en droit yougoslave interne, répondre à deux conditions:

primo, que le droit yougoslave ait prévu le droit de sécession des entités fédérales;

secundo, que les procédures fixées dans le droit et la Constitution aient été suivies, car:

> «Que la fédération se scinde en deux Etats ou davantage fait aussi passer au premier plan le problème théorique de l'autodétermination sous forme de sécession. Cette dissolution peut être le résultat d'un accord amiable constitutionnel, ou le résultat d'un acte de sécession par la force. Dans ce dernier cas, les règles du droit international peuvent être invoquées mais, hormis les cas de sujétion coloniale reconnue, il semble qu'il n'y ait pas de droit à l'autodétermination qui s'applique à des Etats indépendants et justifie qu'ils recourent à la sécession.»[104]

61. Il est indubitable que les entités fédérales yougoslaves n'avaient pas le droit de sécession *(jus secessionis)*. Le droit de disposer de soi-même était absolument réservé aux nations constitutives (voir ci-dessus par. 48-56).

Les dispositions de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie relatives à l'autodétermination externe permettent de conclure que le droit à l'autodétermination externe avait été pleinement exercé.

Pour commencer, «le droit de disposer de soi-même, y compris le droit de faire sécession», était exprimé au temps passé dans la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, comme dans toutes les constitutions précédentes de la Yougoslavie fédérale. A ce moment-là, le passage qui en traitait était situé dans les «Principes fondamentaux» de la Constitution et le corps du texte de celle-ci n'en disait rien. Enfin, ni la Constitution ni la loi ne prévoyaient de procédure pour l'exercice du droit de disposer de soi-même. En d'autres termes, les nations constitutives de la Yougoslavie avaient exercé leur droit à l'autodétermination externe au moment où s'était formée la Yougoslavie fédérale. Ayant décidé de coexister dans un Etat commun, elles avaient épuisé ce droit

[103] Mémoire, par. 4.2.1.10.
[104] M. N. Shaw, *International Law*, 1986, p.139.

mon state, its *validus titulus*, but not a living, topical right to be resorted to at will. This does not mean, however, that the issue of the right to external self-determination was closed for good. It could, like other issues, have been redefined in the guaranteed constitutional procedure.

The Constitutional Court of Yugoslavia, as the main agent securing constitutionality and legality in the constitutional system of SFRY, underscored in its decision I U No. 108/1-91 (*Official Gazette of SFRY*, No. 83/91) that, *inter alia*:

> "this right [right to self-determination including the right to secession] may be exercised *only under conditions and in a manner to be determined in conformity with the SFRY constitution and the right of peoples of self-determination including the right to secession* — under an enactment promulgated by the SFRY Assembly or in agreement among the peoples of Yugoslavia and their republics" (emphasis added).

Therefore, in the light of the relevant provisions of the SFRY Constitution, the ruling of the Constitutional Court of Yugoslavia reads as follows:

> "any enactment of a republic that declares the republic to be a sovereign and independent state — is an unconstitutional change of the state order of Yugoslavia, i.e., an act of secession, which, by virtue of the decision of the Constitutional Court of Yugoslavia can have no legal effect" [105].

The proposal to resolve the controversies surrounding the exercise of the right to external self-determination *constitutione artis*, namely via a corresponding constitutional revision, was contained in the "Concept for the Future Organization of the State proposed by a Working Group comprising Representatives of all the Republics as a basis for further Talks between the Republican President and the State Presidency".

Starting from the basic premise that

> "The Yugoslav state community, seen as a federal state of equal citizens and equal peoples and their republics [footnote commentary: Kasim Trnka from Bosnia and Herzegovina proposed that the republics be placed first] and as a democratic state, will be founded on human and civil rights and liberties, the rule of law and social justice",

[105] Reply of the Constitutional Court of Yugoslavia to the question of Lord Carrington whether it was a matter of dissolution or secession — referred to by the Arbitration Commission of ICFY, No. SU 365/91.

qui, dès lors, constituait le fondement juridique de l'existence de cet Etat commun — son *validus titulus* — mais non un droit vivant, actuel, que l'on pouvait invoquer à son gré. Cela ne signifie pas pour autant que la question du droit à l'autodétermination externe ait été résolue pour de bon. Elle aurait pu, comme d'autres problèmes, être redéfinie dans les procédures constitutionnelles garanties.

La Cour constitutionnelle de Yougoslavie, organe principal qui veillait à la constitutionnalité et à la légalité du dispositif constitutionnel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, a souligné dans sa décision IU n° 108/1-91 (*Journal officiel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie*, n° 83/91) que:

> «ce droit [de disposer de soi-même, y compris le droit de faire sécession] ne peut s'exercer *que dans les conditions et selon les modalités qui seront déterminées conformément à la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et au droit des peuples de disposer d'eux-mêmes, y compris le droit de faire sécession* — en vertu d'un acte public promulgué par l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie ou d'un accord intervenu entre les peuples de Yougoslavie et leurs républiques» (les italiques sont de moi).

C'est ainsi, à la lumière des dispositions de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, qu'il faut lire l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle yougoslave selon lequel:

> «tout acte par lequel une république se déclarerait Etat souverain et indépendant constitue une modification non constitutionnelle de l'organisation de l'Etat yougoslave, c'est-à-dire un acte de sécession auquel la décision de la Cour constitutionnelle de Yougoslavie ôte tout effet juridique»[105].

Il était proposé de résoudre la controverse que soulevait l'exercice du droit à l'autodétermination externe *constitutione artis*, c'est-à-dire par voie de revision constitutionnelle, dans les «Principes d'organisation de l'Etat futur proposé par le groupe de travail des représentants de toutes les républiques pour servir de base aux pourparlers à venir entre le président de la République et la présidence de l'Etat».

Ce texte, qui part du postulat que:

> «La communauté d'Etat yougoslave, considérée comme un Etat fédéral de citoyens égaux et de peuples égaux et de leurs républiques [en note: Kasim Trnka, Bosnie-Herzégovine, propose de nommer les républiques en premier] et comme un Etat démocratique, sera fondée sur les droits civils et les libertés fondamentales, l'empire du droit et la justice sociale»,

[105] Réponse de la Cour constitutionnelle yougoslave à la question posée par lord Carrington sur le point de savoir s'il s'agissait en l'espèce d'une dissolution ou d'une sécession; cité par la commission d'arbitrage de la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, n° *SU* 365/91.

the "Concept" contains a part entitled "Proposed Procedure for Disassociation from Yugoslavia" which reads:

> "In connection with initiatives in certain republics for secession from Yugoslavia, that is, the 'disunion' of the country, and in view of the general demand for a peaceful, democratic and constitutional resolution of the constitutional crisis, the question of procedure arises with regard to the possible realization of these initiatives.
>
> The aim of the initiatives is the withdrawal of certain republics from the Socialist Federal Republic of Yugoslavia. *They are based on the permanent and inalienable right of peoples to self-determination and should be constitutionally regulated.*
>
> The right of peoples to self-determination, as one of the universal rights of modern law, is set out in the basic principles of the SFRY Constitution.
>
> *However, the realization of the right of peoples to secession, which includes the possibility of certain republics' withdrawal from the SFRY, is not regulated by the SFRY Constitution. It is therefore necessary to amend the SFRY Constitution in order to create a basis for exercising this right.*
>
> Revision of the SFRY Constitution on these lines should be based on the democratic nature of the entire process of statement of views, the equality of the Yugoslav nations, the protection of fundamental human and civil rights and freedoms, and the principle of the peaceful resolution of all disputes.
>
> In keeping with the above, appropriate amendments should be made to the SFRY Constitution which would in a general manner regulate the procedure for the execution of the right of peoples to secession and thereby the withdrawal of certain republics from the SFRY.
>
> The amendments to the SFRY Constitution should express the following commitments:
>
> 1. The right to launch the initiative for a certain republic to withdraw from the SFRY is vested in the Assembly of the respective republic, except if otherwise regulated by the republican constitution.
>
> 2. A decision on the initiative is taken at a referendum at which the free, direct and secret voting of all citizens of the republic is ensured.
>
> 3. During the preparations for the referendum, the public and voters will be informed objectively and on time of the importance and the consequences of the referendum.
>
> 4. The referendum will be monitored by representatives of the Assembly of Yugoslavia and, possibly, representatives of other republics and interested international institutions.

présente une partie intitulée «Projet de procédure de dissociation de la Yougoslavie» qui se lit comme suit:

«Les initiatives prises par certaines républiques pour faire sécession de la Yougoslavie, c'est-à-dire pour se «dissocier» du pays, et la pressante volonté générale d'apporter une solution pacifique, démocratique et constitutionnelle à la crise constitutionnelle, soulèvent la question des procédures selon lesquelles ces initiatives pourraient se concrétiser.

Ces initiatives ont pour objet le retrait de certaines républiques de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. *Elles s'appuient sur le droit permanent et imprescriptible des peuples à disposer d'eux-mêmes et devraient être régies par la Constitution.*

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui fait partie des droits universels en droit moderne, figure parmi les principes fondamentaux de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie.

Pourtant, l'exercice du droit des peuples de faire sécession, qui comporte le droit pour certaines républiques de se dissocier de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, n'est pas réglementé par la Constitution de celle-ci. Il faut donc amender cette Constitution afin d'y créer les fondements de l'exercice de ce droit.

La revision en ce sens de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie devrait être fondée sur le processus démocratique d'expression des idées, l'égalité des nations yougoslaves, la protection des libertés fondamentales et des droits civils et de l'homme, et le principe du règlement pacifique des différends.

Conformément à ce qui précède, il conviendrait d'apporter à la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie tels amendements qui fixeraient d'une manière générale la procédure d'exercice du droit des peuples de faire sécession et, ainsi, du retrait de certaines républiques de la République fédérative socialiste de Yougoslavie.

Les amendements à la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie devraient fixer les dispositions suivantes:

1. Le droit d'une république de prendre l'initiative de se retirer de la République fédérative socialiste de Yougoslavie est dévolu à l'assemblée de la république considérée, sauf si la constitution de cette république en dispose autrement.

2. Le sort de cette initiative est réglé par référendum, avec garantie de participation libre, directe et secrète de tous les citoyens de la république.

3. Au cours des préparatifs du référendum, les populations et l'électorat seront informés objectivement et en temps utile de l'importance et des conséquences du référendum.

4. Le référendum sera contrôlé par des représentants de l'Assemblée yougoslave et, si possible, par des représentants des autres républiques et des institutions internationales compétentes.

5. A decision will be deemed adopted if it receives more than one half of the votes of all registered voters.

6. *In republics populated by members of several Yugoslav nations, the necessary majority will be established for each Yugoslav nation separately. If one nation votes against, all settlements in which this nation is predominant and which border on the remaining territory of Yugoslavia and can constitute its territorial compactness will remain part of the SFRY.*

7. If the result of the referendum is negative, the same initiative may be launched after the expiry of a period of five years.

8. The Assembly of the republic will inform the public and the Assembly of Yugoslavia of the result of the referendum, and will submit to the Assembly of Yugoslavia a proposal to adopt a constitutional enactment on the withdrawal of the respective republic from the SFRY, in accordance with the will of the people expressed at the referendum.

9. The Assembly of Yugoslavia acknowledges the legality and legitimacy of the expressed will of the people and members of nations, and instructs the Federal Government to carry out the necessary preparations for the adoption of the enactment on withdrawal from the SFRY.

In this context, the Federal Government is obligated to:

(a) prepare a proposal for the division of jointly created values and the property of the federation (movable and immovable property) in the country and abroad registered as the property of the federation; international obligations and claims; assets of the National Bank of Yugoslavia; foreign currency, commodity and monetary reserves of the federation, property of the Yugoslav People's Army, archives of Yugoslavia, certain infrastructure facilities, licences and other rights and obligations ensuing from ratified international conventions. The Federal Government proposal would also include issues relating to citizenship, pension and other rights of citizens and the like. This requires the establishment of common responsibility for the obligations and guarantees of the SFRY toward foreign countries;

(b) propose to the Assembly of Yugoslavia the manner of the election and authorization of a parity body or committee which will prepare a proposal for the division of rights and obligations and submit it to the Assembly of Yugoslavia;

(c) prepare proposals for the territorial demarcation and the frontiers of the future states and other issues of importance for formulating the enactment on withdrawal.

10. On the basis of the Federal Government proposals regarding material and territorial issues, the Assembly of Yugoslavia will

5. Une décision est réputée prise si plus de la moitié des électeurs inscrits votent en sa faveur.

6. *Dans les républiques où résident des membres de plusieurs nations yougoslaves, la majorité est calculée séparément pour chacune des nations. Si une nation vote contre, toutes les localités où cette nation est prépondérante et qui sont limitrophes du reste du territoire yougoslave et peuvent s'intégrer à sa masse territoriale continuent de faire partie de la République fédérative socialiste de Yougoslavie.*

7. Si le résultat du référendum est négatif, la même initiative peut être reprise à l'expiration d'un délai de cinq ans.

8. L'assemblée de la république informera les populations et l'Assemblée yougoslave des résultats du référendum et présentera à l'Assemblée yougoslave une proposition d'acte constitutionnel de retrait de la république considérée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, conformément à la volonté exprimée par le peuple à l'occasion du référendum.

9. L'Assemblée yougoslave reconnaît la légalité et la légitimité de la volonté exprimée par le peuple et les membres des nations et donne pour instructions au gouvernement fédéral de préparer le retrait formel de la république considérée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie.

A cette fin, le gouvernement fédéral a l'obligation de:

a) rédiger un projet de répartition des intérêts et des biens communs de la Fédération (meubles et immeubles) situés dans le pays et à l'étranger et officiellement réputés propriété de la Fédération; des obligations et des créances internationales; des biens de la banque nationale de Yougoslavie; des devises étrangères, des marchandises et des réserves monétaires de la Fédération; des biens de l'armée populaire yougoslave; des archives de la Yougoslavie; de certains ouvrages d'infrastructure, des droits de licence et autres, et des obligations découlant des conventions internationales ratifiées. Dans ce projet, le gouvernement fédéral règle également les questions de citoyenneté, de pensions de retraite, de droits civils et autres problèmes du même ordre. Cela implique la reconnaissance d'une responsabilité commune dans les obligations et les assurances par lesquelles la République fédérative socialiste de Yougoslavie est liée à des pays étrangers;

b) proposer à l'Assemblée yougoslave les modalités d'élection et le mandat de l'organe ou comité paritaire qui sera chargé de rédiger un projet de répartition des droits et des obligations et de le présenter à l'Assemblée yougoslave;

c) proposer la délimitation des territoires et la démarcation des frontières des futurs Etats et la solution des autres grands problèmes soulevés par l'acte formel de retrait.

10. Au vu des propositions du gouvernement fédéral concernant les problèmes matériels et territoriaux, l'Assemblée yougoslave éla-

formulate, with the consent of the republican assemblies, a constitutional enactment (constitutional law) on withdrawal from the SFRY which, among other things, establishes:

— citizens' right of choice (term and manner in which citizens will state their choice in the event of territorial changes), and the obligation to ensure just compensation for change of residence);

— the obligation to provide judicial protection of the rights of citizens, legal entities and members of certain nations (compensation for damages resulting directly from the execution of the right to withdrawal, etc.);
— the obligation to harmonize certain laws and other enactments with changes in the structure of the SFRY;

— supervision and control of the enforcement of determined obligations;
— other issues which must be resolved by the time of the definitive disassociation (judiciary, environment protection, joint ventures and the like);
— the transitional period and the moment of disassociation from the SFRY."[106]

However, Bosnia and Herzegovina did not accept the proposed "Concept", as clearly demonstrated by the arrangements for the referendum on "sovereign and independent Bosnia".

62. The promulgation of Bosnia and Herzegovina as a "sovereign and independent Bosnia" was, according to item 4.2.1.10 of the Memorial, composed of two elements, two actions:

(1) a referendum held on 29 February and 1 March 1992, when the majority of people of the Republic expressed themselves in favour of a sovereign and independent Bosnia; and
(2) the official promulgation of the results of the referendum on 6 March 1992. The sovereignty and independence of Bosnia were constituted on that date, in view of the fact that according to Bosnia and Herzegovina:

> "*Since that date* notwithstanding the dramatic events that have occurred in Bosnia-Herzegovina, the constitutional authorities of the Republic have acted like those of sovereign State in order to maintain its territorial integrity and thus full and exclusive powers." (Emphasis added.)

A correct interpretation of the above-quoted statement of Bosnia and Herzegovina leads one to the conclusion that Bosnia and Herzegovina

[106] *Focus*, Special Issue, January 1992, pp. 31-33.

bore avec l'assentiment des assemblées républicaines un amendement constitutionnel (loi constitutionnelle) portant acte de sécession de la République fédérative socialiste de Yougoslavie; cet amendement règle, entre autres questions:

— le droit des citoyens de choisir librement (conditions et modalités de l'expression du choix des citoyens en cas de changement territorial) et l'obligation d'accorder une juste réparation en cas de changement de résidence;
— l'obligation de garantir la protection de la justice aux citoyens, personnes morales et membres de certaines nations (réparation pour les préjudices qui résultent directement de la réalisation du droit de sécession, etc.);
— l'obligation de mettre certaines lois et actes publics en conformité avec la structure de la République fédérative socialiste de Yougoslavie telle que modifiée;
— la surveillance et le contrôle de l'accomplissement d'obligations déterminées;
— les autres questions qui doivent être résolues avant la dissociation définitive (concernant notamment l'appareil judiciaire, la protection de l'environnement, les coentreprises, etc.);
— la période de transition et le moment exact de la séparation.»[106]

Mais il se trouve que la Bosnie-Herzégovine n'a pas accepté l'option proposée, comme l'attestent clairement les arrangements pris par le référendum sur une «Bosnie souveraine et indépendante».

62. La proclamation d'une «Bosnie souveraine et indépendante» avait deux aspects qui se composaient de deux décisions, selon le paragraphe 4.2.1.10 du mémoire:

1) un référendum tenu le 29 février et le 1er mars 1992, à l'issue duquel la majorité de la population de la République s'est prononcée en faveur d'une Bosnie souveraine et indépendante;
2) la proclamation officielle des résultats du référendum le 6 mars 1992. La souveraineté et l'indépendance de la Bosnie ont pris effet à cette date, étant donné que, selon la Bosnie-Herzégovine:

> «Quels que soient les événements dramatiques qui ont affecté la Bosnie-Herzégovine, les autorités constitutionnelles de cette République se sont, *depuis cette date*, comportées comme celles d'un Etat souverain en vue de maintenir l'intégrité territoriale de la République et la plénitude et l'exclusivité de leurs pouvoirs.» (Les italiques sont de moi.)

Si l'on interprète correctement la déclaration que l'on vient de citer, on est amené à conclure que la Bosnie-Herzégovine a été constituée en «Bos-

[106] *Focus*, numéro spécial, janvier 1992, p. 31-33.

has been constituted as "sovereign and independent Bosnia" since the date of promulgation of the referendum results. In other words, the promulgation of the results of the referendum held on 29 February and 1 March had a constitutive, State-making character.

63. The referendum of 29 February and 1 March asked the following:

> "Are you for a sovereign and independent Bosnia and Herzegovina, a State of equal citizens, peoples of Bosnia and Herzegovina — Muslims, Serbs and Croats and members of other peoples living in it?"

The referendum was called in order to "determine the status of Bosnia and Herzegovina". The decision to call the referendum was taken by virtue of Article 152 of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina, the provision of item 5, line 9, of Amendment LXXI to the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina and the provisions of Articles 3 and 26 of the Law on Referendum[107].

There can be no doubt that the Assembly of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina had the authority to call a referendum, in the light of the above-mentioned facts — both a preliminary referendum, i.e., a referendum for preliminary voting, and a subsequent one for the confirmation of laws, regulations and other enactments.

64. It is questionable, however, whether the Assembly of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina was entitled to call a referendum in order to determine the status of Bosnia and Herzegovina.

Starting from a general provision that "the Assembly of SR Bosnia and Herzegovina is exercising its rights and responsibilities on the basis of and within the constitution and law"[108] and abiding by the relevant rule on the relationship between the constitution and law, we now turn to Article 314 of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina which stipulates the competences of the Assembly of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina:

> "The Assembly of SR Bosnia and Herzegovina shall:
>
> (1) Decide on the changes of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina; submit a proposal or opinion, or issue an approval of the changes to the Constitution of the SFRY;
>
> (2) Determine the policy and decide on other fundamental issues of relevance to the political, economic, social and cultural development of the Republic;
>
> (3) Consider the issues of common interest to the organizations of associated labour and other self-managed organizations and com-

[107] *Official Gazette of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina*, No. 29 (1977) and 24 (1991).

[108] Article 313 of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina.

nie souveraine et indépendante» à la date de la proclamation des résultats du référendum. En d'autres termes, la proclamation de ces résultats avait un effet constitutif, créateur d'Etat.

63. La question posée au référendum du 29 février et du 1er mars était la suivante:

> «Etes-vous en faveur d'une Bosnie-Herzégovine souveraine et indépendante, Etat de citoyens égaux, des peuples de Bosnie-Herzégovine — Musulmans, Serbes et Croates et des membres des autres peuples qui vivent sur le territoire?»

Le référendum a été organisé pour «déterminer le statut de la Bosnie-Herzégovine». La décision d'y procéder a été prise en vertu de l'article 152 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, de la disposition 5, ligne 9, de l'amendement LXXI à la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine et des dispositions des articles 3 et 26 de la loi sur le référendum[107].

Il est indubitable, à la lumière de ce qui précède, que l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine avait le pouvoir de procéder à un référendum, tant un référendum préliminaire, c'est-à-dire un référendum pour une consultation préliminaire, qu'un référendum ultérieur pour confirmation des textes législatifs, réglementaires et autres.

64. Mais on peut se demander si l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine avait le droit d'organiser un référendum pour déterminer le statut de la Bosnie-Herzégovine.

Prenant pour point de départ la disposition d'ordre général voulant que «l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine exerce ses droits et ses responsabilités sur la base et dans le cadre de la Constitution et de la loi»[108] et dans le respect de la règle qui régit les rapports entre la Constitution et la loi, tournons-nous maintenant vers l'article 314 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine qui précise les compétences de l'Assemblée de la République:

> «L'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine:
>
> 1) se prononce sur la modification de la Constitution de la République; si la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie est modifiée, fait une proposition, émet un avis ou donne son assentiment;
>
> 2) détermine la politique de la République et règle les autres questions fondamentales intéressant le développement politique, économique, social et culturel de celle-ci;
>
> 3) examine les problèmes d'intérêt commun des organisations de travailleurs, organismes autogérés et communautés et harmonise

[107] *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, nos 29/1977 et 24/1991.

[108] Article 313 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine.

munities and harmonize their relations and interests; encourage self-management agreements and social compacts;

(4) Consider the issues in the sphere of foreign policy and international relations: approve the negotiation of international treaties in cases stipulated by the SFRY Constitution;

(5) Determine the proposals, or approve arrangements for relationships to be decided on by the Assembly of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia on the merit of a proposal, namely agreement by the republic assemblies;

(6) Adopt the social plan of Bosnia and Herzegovina, the budget of the Republic, the balance sheet, the republican global balance of resources and the land development plan of Bosnia and Herzegovina; pass the laws and other regulations and general enactments; issue authentic interpretations of republican laws;

(7) Decide on modifications of republican borders;

(8) Determine the system of national defence in the Republic;

(9) Grant amnesty for criminal offences stipulated in the law of the Republic;

(10) Decide on the indebtedness of the Republic and on calling public loans in the Republic;

(11) Establish work organizations;

(12) Call a republican referendum;

(13) Determine the policy of enforcement of republican laws and other regulations and general enactments and obligations of the organs and organizations in the Republic and enforcement of the federal and republican laws;

(14) Supervise politically the performances of the Executive Council and republican bodies of authority and their organizations and issue general guidelines; supervise politically the holders of public and other social functions, reporting to the Assembly;

(15) Hear the opinions and proposals of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina concerning the protection of constitutionality and legality;

(16) Hear the reports of the republican judiciary on law enforcement and their performance and issue position papers on these reports;

(17) Exercise public surveillance;

(18) Elect and recall the president and members of the Presidency of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina and the members of the Presidency of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia;

(19) Elect and recall the delegation of the Assembly to the Chamber of Republics and Provinces in the SFRY Assembly;

leurs relations et leurs intérêts; encourage la conclusion d'accords d'autogestion et de pactes sociaux;

4) examine les problèmes que présentent la politique étrangère et les relations internationales; approuve la négociation de traités internationaux dans les cas prévus par la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie;

5) détermine le sort des propositions, ou approuve les arrangements concernant les dispositions que l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie doit prendre à propos d'une proposition d'accord des assemblées des républiques;

6) adopte le plan social de la Bosnie-Herzégovine, le budget de la République, le bilan et la répartition générale des ressources de la République et le plan d'aménagement du territoire de la Bosnie-Herzégovine; adopte les lois, règlements et autres décisions publiques de portée générale; publie les interprétations définitives des lois de la République;

7) se prononce sur la modification des frontières de la République;

8) détermine le système de défense nationale de la République;

9) accorde l'amnistie pour les infractions prévues par la loi;

10) décide de l'endettement de la République et de ses emprunts publics;

11) crée les organisations de travailleurs;

12) organise les référendums républicains;

13) détermine la mise en application des lois, règlements et autres décisions publiques de la République et les obligations des organes et organisations de la République, ainsi que de la mise en application des lois de la République et de la Fédération;

14) assure le contrôle politique des décisions du conseil exécutif et des organes d'autorité de la République et de celles de leurs subdivisions politiques et donne des orientations générales; assure le contrôle politique des titulaires des charges publiques et autres fonctions sociales qui sont responsables devant elle;

15) se saisit des avis et des propositions de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine qui ont trait à la protection des principes constitutionnels et de la légalité;

16) se saisit des rapports de l'appareil judiciaire de la République relatifs à l'application des lois et aux résultats obtenus et, publie des notes de principe sur ces rapports;

17) veille à l'ordre public;

18) élit et destitue le président et les membres de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine et le membre de la présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie qui la représente;

19) élit et destitue la délégation de l'assemblée à la chambre des républiques et des provinces de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie;

(20) Elect and recall the President and Vice-President of the Assembly, members of commissions, committees and of other bodies of the Assembly;

(21) Elect and recall the President and members of the Executive Council, the President and Judges of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the President and Judges of the Supreme Court of Bosnia and Herzegovina and other courts stipulated by law and members of the Council of the Republic;

(22) Appoint and recall republican Secretaries and other executives of the republican bodies of authority and organizations acting in the spheres of interest of the Republic; the republican Social Attorney of Self-management, the Secretary-General and secretaries of the Assembly, the Republican prosecutor, the Governor of the National Bank of Bosnia and Herzegovina and other officials, members of decision-making bodies and members of managing bodies of the organizations stipulated as such by this constitution and the law;

(23) Decide on the extension of terms of office of the delegates to the assemblies of socio-political communities;

(24) Perform other functions laid down in the present Constitution.

The Assembly may pass declarations, resolutions and recommendations."

The provision of paragraph 12 of Article 134 of the Constitution entitling the Assembly "to call a referendum" means that the Assembly is to call the referendum on issues falling within its competence. The need for such an interpretation is found in the Law on Referendum which says that the "Assembly of SR Bosnia and Herzegovina may call a referendum on issues falling within its purview" (Art. 26 of the Law). The formulation of the referendum question clearly indicates the intention of *changing* the status of Bosnia and Herzegovina in terms of public law. The *ratio* of the referendum was to transform Bosnia and Herzegovina from a federal unit within the Yugoslav federation into "sovereign and independent Bosnia" as the referendum question reads. If this were not the case, the referendum would have been devoid of any purpose in view of the fact that certain elements of statehood inherent to the Yugoslav model of federalism were accorded to Bosnia and Herzegovina at the time when the referendum was called.

The purpose of the referendum question was, in the strictly formal legal context, to determine the status of Bosnia and Herzegovina in terms of public law. Hence, the purpose of referendum was contrary both to the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the Constitution of SFRY. More particularly, the Constitution of Bosnia and Herzegovina stipulates in Article 1 (2) that the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina is a part of SFRY. The Constitution of SFRY defined the federation as "a federal state . . . of socialist republics" (Art. 1 of the Constitution), one member of which, besides other republics, was the Republic of Bosnia and Herzegovina (Art. 5 (1) of the Constitution) and provided that the

20) élit et destitue son président et son vice-président, ainsi que les membres de ses commissions, comités et autres organes;

21) élit et destitue le président et les membres du conseil exécutif, le président et les juges de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, le président et les juges de la Cour suprême de Bosnie-Herzégovine et des autres tribunaux désignés par la loi ainsi que les membres du Conseil de la République;

22) nomme et destitue les secrétaires de la République et autres responsables des organes et organismes d'autorité de la République qui agissent dans les domaines de compétence de la République; le procureur social de la République pour l'autogestion, son secrétaire général et ses secrétaires, le procureur de la République, le gouverneur de la banque nationale de Bosnie-Herzégovine et les fonctionnaires de celle-ci, les membres des organes directeurs et administratifs désignés à cette fin par la Constitution et par la loi;

23) décide de la prorogation du mandat des représentants des communautés sociopolitiques aux organes délibérants;

24) assume toute autre fonction que prévoit la Constitution.

L'Assemblée peut adopter des déclarations, des résolutions et des recommandations.»

Le paragraphe 12 de l'article 134 de la Constitution, qui donne à l'Assemblée le droit d'«organiser un référendum» signifie que l'Assemblée peut procéder par voie de référendum pour trancher les questions relevant de ses compétences. Cette interprétation s'impose si l'on se réfère au texte de la loi sur le référendum, qui précise que «l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine peut organiser un référendum sur les questions relevant de ses compétences» (art. 26). La manière dont la question proposée au référendum a été formulée montre clairement qu'il s'agissait de *modifier* le statut de la Bosnie-Herzégovine en termes de droit public. L'objet du référendum était de faire de la Bosnie-Herzégovine, entité fédérale de la Fédération yougoslave, une «Bosnie souveraine et indépendante», pour reprendre la formule employée. Sinon, le référendum n'avait aucun sens, puisque certains attributs de l'Etat propres au modèle fédéral yougoslave avaient déjà été reconnus à la Bosnie-Herzégovine au moment du référendum.

La question posée avait pour but, sur le plan juridique purement formel, de déterminer le statut de la Bosnie-Herzégovine en droit public, ce qui était donc en contradiction à la fois avec la Constitution de la Bosnie-Herzégovine et avec celle de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Pour être plus précis, la Constitution de la Bosnie-Herzégovine prévoit au paragraphe 2 de son article premier que la République fait partie de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. La Constitution de celle-ci définit la Fédération comme «un Etat fédéral ... de républiques socialistes» (art. 1), au nombre desquelles figure la République de Bosnie-Herzégovine (art. 5, par. 1), et prévoit que «la frontière de la Répu-

"frontier of the SFRY cannot be changed without the consent of all the republics" (Art. 5 (3) of the Constitution). Obviously, in terms of the relevant constitutional regulations, the very fact of calling a referendum on the status of Bosnia and Herzegovina constituted a potential threat to the territorial integrity of SFRY protected by the SFRY Constitution, or more particularly, an act incriminated by the Penal Code of SFRY.

The very promulgation of the "sovereignty and independence" of Bosnia and Herzegovina on the basis of the referendum held, constituted a threat to the territorial integrity of the SFRY.

65. The act of launching a referendum in order to "determine the status of Bosnia and Herzegovina" was formally and materially unconstitutional.

Elements of formal unconstitutionality are demonstrated by the fact that the Assembly of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina called a referendum which fell outside its constitutionally and legally limited jurisdiction. *In concreto*, this is a case of specific non-competence, because the organ otherwise competent to call a referendum, having called a referendum on the "status of Bosnia and Herzegovina", had acted *ultra vires*. At the same time, calling a referendum on the "status of Bosnia and Herzegovina" constituted an unconstitutional act in the material sense (material unconstitutionality), because the building of Bosnia and Herzegovina as a "sovereign and independent" State, taken *per se*, was contrary to the SFRY Constitution. More particularly, the "sovereignty and independence of Bosnia" means an automatic modification of the State frontiers of SFRY, while by virtue of the SFRY Constitution the State territory is [illegible] one (Art. 5 (1) of the Constitution) and "the frontier of SFRY cannot be changed without the consent of all republics" (Art. 5 (3) of the Constitution). Moreover, calling a referendum was materially unconstitutional in terms of the Constitution of Bosnia and Herzegovina itself. Amendment LXX to the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina established, in its paragraph 10, a Council entrusted with the exercise of the right to equality of nations and nationalities of Bosnia and Herzegovina. The mandate of the Council is *inter alia* to "consider in particular the questions relating to . . . the promulgation of regulations ensuring the materialization of constitutional provisions which provide explicitly for the principle of equality of peoples and nationalities". The Council is composed of an

> "equal number of deputies from among the ranks of members of peoples of Bosnia and Herzegovina — Muslims, Serbs and Croats, and a corresponding number of deputies members of other people and nationalities and the others who live in Bosnia and Herzegovina",

who are to take decisions "on the merit of agreement of members from among the ranks of all peoples and nationalities".

blique fédérative socialiste de Yougoslavie ne peut être modifiée sans le consentement de toutes les républiques» (art. 5, par. 3). Il va sans dire que, du point de vue constitutionnel, le simple fait d'organiser un référendum sur le statut de la Bosnie-Herzégovine était une menace pour l'intégrité territoriale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, garantie par la Constitution de celle-ci et, plus précisément, un acte incriminé par le code pénal yougoslave.

La proclamation de l'indépendance et de la souveraineté de la Bosnie-Herzégovine sur la base des résultats du référendum constituait en elle-même une menace pour l'intégrité territoriale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie.

65. L'organisation d'un référendum pour «déterminer le statut de la Bosnie-Herzégovine» était en lui-même contraire à la Constitution à la fois sur le plan de la forme et du fond.

Son inconstitutionnalité formelle apparaît notamment dans le fait que l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine a organisé un référendum pour lequel elle n'était pas compétente selon la Constitution et selon la loi. *In concreto*, il s'agissait d'un cas précis d'incompétence, puisque l'organe qui aurait été autrement compétent pour organiser ce référendum avait mis en question le «statut de la Bosnie-Herzégovine» et ainsi agi *ultra vires*. D'autre part, organiser un référendum sur le «statut de la Bosnie-Herzégovine» était aussi contraire à la Constitution au fond, puisque la formation de la Bosnie-Herzégovine en Etat «souverain et indépendant» était, en tant que telle, contraire à la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Plus précisément, les attributs de «souveraineté et d'indépendance» de la Bosnie-Herzégovine portaient en eux-mêmes une modification des frontières d'Etat de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, alors que, selon la Constitution de celle-ci, le territoire de l'Etat forme une seule entité (art. 5, par. 1) et que «la frontière de la République fédérative socialiste de Yougoslavie ne peut être modifiée sans le consentement de toutes les républiques» (*ibid.*, par. 3). De surcroît, le référendum est fondamentalement contraire à la Constitution de la Bosnie-Herzégovine elle-même. L'amendement LXX apporté à celle-ci prévoit en son paragraphe 10 la création d'un conseil chargé d'exercer le droit à l'égalité des nations et des nationalités de Bosnie-Herzégovine. Ce conseil a notamment pour mandat d'«étudier en particulier les questions liées à ... la promulgation des règlements donnant effet aux dispositions constitutionnelles qui consacrent explicitement le principe de l'égalité des peuples et des nationalités». Ce conseil se compose

> «d'un nombre égal de députés choisis parmi les membres des peuples de Bosnie-Herzégovine — Musulmans, Serbes et Croates, et d'un nombre proportionné de députés choisis parmi les autres peuples, nationalités et autres groupes qui vivent en Bosnie-Herzégovine»,

qui doivent prendre leur décision «sur la base de l'accord des membres issus de tous les peuples et de toutes les nationalités».

The *ratio legis* of Amendment LXX (10) certainly lies in ensuring and guaranteeing the equality of peoples. The significance attached to the Council, within the constitutional system of Bosnia and Herzegovina, is amply demonstrated in paragraph 10, which says that

> "in questions of interest to the exercise of equality of peoples and nationalities in B-H, at the proposal of the Council, the Assembly shall decide, by means of a specific procedure set out in the Rules of Order of the Assembly of the Socialist Republic Bosnia and Herzegovina, by a two-thirds majority of the total number of deputes".

The Council was designed by the Constitution as an unavoidable instance, a forum where deliberations were concentrated and proposals originated for the equality of peoples. In view of these facts, the proposal to call a referendum on the "status of Bosnia and Herzegovina" must have been an issue for consideration by the Council, as this is the question that directly infringed upon "the principles of equality among peoples and nationalities".

The circle of formal and material unconstitutionality encompasses also the act of "official promulgation of the results of the referendum on March 6, 1992". The qualification of "official promulgation" invokes, *mutatis mutandis*, the relevance of the facts corroborating the formal and material unconstitutionality of calling the referendum on the status of Bosnia and Herzegovina.

The referendum on the "status of Bosnia and Herzegovina" falls into the category of the so-called preliminary referenda in the constitutional regulation of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina, since the purpose had been a preliminary voting of citizens on the relevant issue of the status of Bosnia and Herzegovina. That is why the "official promulgation of the results of a referendum" is, actually, a legal act. More particularly, voting of citizens in a referendum is no decision in formal terms, irrespective of whether the result of the voting is or is not binding on the organ which called the referendum. The result of the referendum is a material condition for decision-making in formal terms and this is, in the present case, the nature of the "official promulgation".

Such a legal nature of the "official promulgation" of a federal unit of Bosnia and Herzegovina as a "sovereign and independent" State constitutes an additional aspect of material unconstitutionality in respect to the relevant decisions of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina. More particularly, Article 252 of that Constitution stipulated that the:

> "[s]acred and inalienable right and responsibility of peoples and nationalities . . . of Bosnia and Herzegovina is to safeguard and foster freedom, independence, sovereignty, *territorial unity and the constitutionally established social system of the SFRY and the Socialist Republic Bosnia and Herzegovina*" (emphasis added).

Sur le plan juridique, le paragraphe 10 de cet amendement LXX vise assurément à garantir l'égalité des peuples. L'importance du conseil dans l'appareil constitutionnel de la Bosnie-Herzégovine apparaît très clairement au paragraphe 10, où il est dit que

> «pour les questions concernant l'exercice du droit à l'égalité des peuples et des nationalités de la Bosnie-Herzégovine, l'Assemblée prend ses décisions, sur proposition du conseil, selon une procédure particulière fixée dans le règlement de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, à la majorité des deux tiers des députés qui la composent».

Dans la Constitution, le conseil était conçu comme une instance obligée, un lieu où pouvaient se tenir les délibérations et où les propositions tendant à l'égalité des peuples pouvaient puiser leur origine. La proposition d'organiser un référendum sur le «statut de la Bosnie-Herzégovine» faisait ainsi partie des questions que le conseil avait à examiner, car elle avait un effet direct sur «le principe de l'égalité entre les peuples et les nationalités».

Le champ de cette inconstitutionnalité à la fois formelle et matérielle s'étend aussi à l'acte de «proclamation officielle des résultats du référendum, le 6 mars 1992». Le terme de «proclamation officielle» évoque, *mutatis mutandis*, l'importance des faits qui constituent l'inconstitutionnalité formelle et matérielle du référendum.

Le référendum sur le «statut de la Bosnie-Herzégovine» relève de la catégorie dite des référendums préliminaires dans l'organisation constitutionnelle de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, puisqu'il s'agissait de consulter les citoyens à titre préliminaire sur le statut de la Bosnie-Herzégovine. C'est pourquoi, la «proclamation officielle des résultats du référendum» est en fait un acte juridique. Plus particulièrement, la répartition des voix lors d'un référendum n'est pas un fait formel, que le résultat de cette répartition s'impose ou non à l'organe qui a organisé le référendum. Ce résultat est la condition matérielle qui rend possible l'acte formel. Telle est, en l'occurrence, la nature de la «proclamation officielle».

Ainsi définie, la position juridique de la «proclamation officielle» de l'entité fédérale de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'«Etat souverain et indépendant» est, sur le plan matériel, une inconstitutionnalité de plus au regard des dispositions pertinentes de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine. Plus particulièrement, l'article 252 de cette constitution dispose que:

> «les peuples et les nationalités ... de Bosnie-Herzégovine ont pour droit et devoir sacrés et inaliénables de sauvegarder et de promouvoir la liberté, l'indépendance, la souveraineté, *l'intégrité territoriale et le système social établi par la Constitution en République fédérative socialiste de Yougoslavie et dans la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*» (les italiques sont de moi).

Item 7 of Amendment LXIX to the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina provided that: "Political organizations and acts aimed at the forceful change of the constitutionally established system, and *threats to the territorial unity and independence of SFRY*" (emphasis added) are prohibited. Both of the constitutional provisions mentioned above include "territorial unity" as a constitutionally protected object while "official promulgation" is a form of direct threat to that object.

66. The referendum for determination of the status of Bosnia and Herzegovina was called in the form of a referendum of citizens. This fact derives from the method of voting at the referendum, which remained undisputed by Bosnia and Herzegovina, as it stated in its Memorial, in the context of the promulgation of its sovereignty and independence (Memorial, para. 4.2.1.10), *inter alia*, that "the majority of the people of the Republic" voted positively on the referendum question. The use of the term "people" in the singular undoubtedly suggests that Bosnia and Herzegovina is also of the view that this was but a civic referendum.

Was a civic referendum, in the form of a direct expression of the will of citizens, quite apart from the questions elaborated in items 5 and 6, a good way in which to decide the "status of Bosnia and Herzegovina"? Civic referendum is, *per definitionem*, a form of the exercise of national sovereignty, that is to say, the rule of the people as *Demos*. Since three peoples exist in Bosnia and Herzegovina and are provided with the right to self-determination, it is indisputable, irrespective of the reasons stated in paragraphs 5 and 27 of this opinion, that the form of civic referendum is absolutely inadequate to express the will of each of the three peoples. In some sort of ultimately strained hypothesis that "sovereign and independent Bosnia" was voted for by such a majority of citizens embodying the majority of each of the members of the three peoples, it might be said that a civic referendum consummated the national referendum, although *per se* it was not such a referendum. But that was not the case, as is known. In view of the fact that all the three peoples of Bosnia and Herzegovina are, by virtue of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, "sovereign and equal", a national referendum is only relevant for the direct exercise of the right to self-determination. A separate exercise of the right to self-determination could have been anticipated by means of a corresponding decision taken by elected representatives of the three peoples of Bosnia and Herzegovina, particularly as in 1990, democratic multiparty elections were held in Bosnia and Herzegovina. Maps of constituencies correctly mirrored the ethnic structure of Bosnia and Herzegovina since the national parties of the three peoples individually gathered practically all the votes of their national *corps*.

The referendum was an inadequate form of voting on the "status of Bosnia and Herzegovina" not only because of the reasons relating to its constitutionality and essential inability to express the will of the three peoples of Bosnia and Herzegovina, but because of the very provisions of the Law on Referendum on the basis of which it was held.

Le point 7 de l'amendement LXIX de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine dispose que: «Les organismes et actes politiques qui visent à modifier par la force le système constitutionnel et *les menaces contre l'intégrité territoriale et l'indépendance de la République fédérative socialiste de Yougoslavie*» sont interdits (les italiques sont de moi). Ces deux dispositions constitutionnelles font de l'«intégrité territoriale» l'objet placé sous l'égide de la Constitution, alors que la «proclamation officielle» est une façon de menacer directement cet objet.

66. La consultation sur le statut de la Bosnie-Herzégovine a été organisée sous forme de référendum. Telle a été la méthode de scrutin, que la Bosnie-Herzégovine n'a jamais contestée, puisqu'elle a dit dans son mémoire, à propos de la proclamation de la souveraineté et de l'indépendance de la République (mémoire, par. 4.2.1.10), que «la majorité de la population» a répondu par l'affirmative à la question posée. L'emploi du terme «population» au singulier montre indubitablement que la Bosnie-Herzégovine pense elle aussi qu'il s'agissait en l'occurrence d'une consultation publique.

On peut se demander si le référendum public, c'est-à-dire l'expression directe de la volonté des citoyens, indépendamment des questions qui font l'objet des points 5 et 6, offrait un moyen approprié de décider du «statut de la Bosnie-Herzégovine». Un référendum est par définition un mode d'exercice de la souveraineté nationale, c'est-à-dire du pouvoir du peuple en tant que *dêmos*. Comme il existe en Bosnie-Herzégovine trois peuples, chacun investi du droit de disposer de lui-même, il est indiscutable, quelles que soient les raisons exposées aux paragraphes 5 et 27 de la présente opinion, que le mécanisme du référendum public est totalement impropre à exprimer la volonté de chacun de ces trois peuples. Si, hypothèse de pure conjecture, une majorité de citoyens représentant la majorité de chacun des trois peuples, avait voté en faveur d'une «Bosnie souveraine et indépendante», on aurait pu dire que le référendum public revenait essentiellement à un référendum national, bien qu'il n'en fût pas un en lui-même. Mais, on le sait, tel n'a pas été le cas. Comme les trois peuples de Bosnie-Herzégovine sont, selon la Constitution du pays, «souverains et égaux», un référendum national ne peut avoir de pertinence qu'en ce que s'y exerce directement le droit à l'autodétermination. Le droit à disposer de soi-même aurait pu être exercé différemment, par anticipation, par décision des représentants élus des trois peuples de Bosnie-Herzégovine, d'autant qu'en 1990 des élections démocratiques pluralistes avaient eu lieu en Bosnie-Herzégovine. Les tableaux représentant la distribution des circonscriptions étaient le reflet exact de la structure ethnique du pays puisque les partis nationaux des trois peuples ont, chacun de son côté, recueilli la quasi-totalité des votes de l'entité nationale qu'ils représentaient.

Un référendum n'était pas approprié pour se prononcer sur le «statut de la Bosnie-Herzégovine», non seulement du point de vue de la constitutionnalité, puisqu'il ne permettait à la volonté des trois peuples de Bosnie-Herzégovine de s'exprimer, mais aussi du point de vue de la loi même sur le référendum sur la base de laquelle il avait été organisé.

The provisions of the Law on Referendum of Bosnia and Herzegovina taken *per se* are certainly not formulated so as to imply the possibility of deciding "on the status of Bosnia and Herzegovina" by means of a referendum, as designed by the Law.

Apart from the general provisions on calling the referendum already discussed in paragraph 5 of this opinion, the provisions concerning the method of decision-making and the individuals participating in the voting are also of relevance.

Article 33 of the Law stipulates that the

> "decision on referendum is to be taken by a majority vote of all working people and citizens registered as voters in the territory or part of the territory of SR of Bosnia and Herzegovina where the referendum is called".

The decision at the referendum is to be taken by majority vote. Leaving aside the issue of the legality of a referendum, a logical question arises, i.e., whether a valid issue, such as "the status of Bosnia and Herzegovina", may possibly be decided by simple majority. The rational reason underlying this question relates to the fact that the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina stipulated voting of at least two-thirds of the total number of voters of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina on the question of a change of borders of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina (Amendment LXII to Article 5 of the Constitution[109]). In other words, the constitutional requirement for the correction of indirectly determined lines of administrative division within the federation was a two-thirds majority, while the Law on Referendum required a simple majority for the decision on the status of Bosnia and Herzegovina in terms of public law. This is, in my view, sufficient proof that the legislator did not, when passing the Law on Referendum (either irrespective of the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina or just relying on the Constitution of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina), have in mind a referendum of that kind. More particularly, it is difficult to imagine that the legislator would lay down much stricter requirements for a referendum on the change of borders, which in the practice of the Yugoslav federal units was nothing but a couple of hectares of pasture lands, forests or villages, than for a referendum on the fateful, existential question of the very federal unit.

The Law on Referendum also stipulated that "all working people and citizens included in voters' lists in the territory, namely that part of territory of SR B-H where referendum shall take place", shall have the right to vote in the referendum (Art. 33 of the Law). Such a provision raises the question about who in fact was voting at the referendum. The provision entitling "all working people and citizens" to vote means that the criterion of eligibility to vote was not citizenship in the republic. The only

[109] *Official Gazette of the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina*, No. 21 (1990).

Les dispositions de la loi sur le référendum de Bosnie-Herzégovine, si on les considère en elles-mêmes et telles qu'elles sont formulées, interdisent de conclure que l'on peut déterminer «le statut de la Bosnie-Herzégovine» par voie de référendum.

Outre les dispositions d'ordre général relatives à l'organisation du référendum déjà évoquées au paragraphe 5 de la présente opinion, il faut examiner ici celles qui concernent les modalités de la prise de décision et la qualité des personnes participant au scrutin.

L'article 33 de la loi dispose que

> «la décision d'organiser un référendum est prise à la majorité des travailleurs et des citoyens inscrits sur les listes électorales dans le territoire ou la partie du territoire de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine où se tient le référendum».

La décision sur laquelle porte le référendum est donc prise à la majorité. Si l'on met de côté le problème de la légalité de la consultation elle-même, il reste encore à se demander si une question légitime, comme celle du «statut de la Bosnie-Herzégovine», peut être tranchée à la majorité simple. On est fondé à s'interroger quand on sait que la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine veut que les deux tiers au moins de l'électorat de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine soient d'accord pour qu'il y ait modification des frontières de la République (amendement LXII à l'article 5 de la Constitution)[109]. Ainsi, la Constitution exige une majorité des deux tiers pour corriger le tracé des subdivisions administratives de la fédération, déterminées de manière indirecte, alors que la loi sur le référendum n'exige que la majorité simple pour décider du statut de la Bosnie-Herzégovine en droit public. Cela suffit à mon avis à montrer que le législateur, lorsqu'il a adopté la loi sur le référendum (soit qu'il n'ait pas tenu compte de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, soit qu'il ait simplement pris appui sur elle), n'avait pas dans l'esprit un référendum de cette nature. Pour être plus clair, il est difficile d'imaginer que le législateur se soit montré plus exigeant pour un référendum sur un tracé de frontières — qui, dans la pratique des entités fédérales yougoslaves, ne concernait rien de plus que quelques hectares de pâturages et de forêts ou quelques villages — que pour un référendum sur la question de portée historique de l'existence même d'une entité fédérale.

La loi sur le référendum prévoyait également que «tous les travailleurs et les citoyens inscrits sur les listes électorales du territoire, c'est-à-dire la partie du territoire de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine où se tient le référendum», ont le droit de participer à celui-ci (art. 33). Cette disposition soulève la question de savoir qui participe effectivement au scrutin. La disposition donnant à «tous les travailleurs et tous les citoyens» le droit de vote signifie que la qualité d'électeur n'était pas

[109] *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, vol. 21, 1990.

criterion was residence, since it was a condition of enlistment for voting. Hence, the right to vote in the referendum was, for instance, accorded to Slovenes or Macedonians, who had a residence in Bosnia and Herzegovina, while Muslims or Serbs, citizens of Bosnia and Herzegovina, who resided in another republic were deprived of that right.

67. Finally, from the standpoint of the Constitutional law of SFRY, it would be hard to imagine a more meritorious judgment on the legal evaluation of the referendum on the "status of Bosnia and Herzegovina" than the one handed down by the Constitutional Court of Yugoslavia as the main proponent of constitutionality and legality in the constitutional system of SFRY (Art. 375 of the SFRY Constitution). The Constitutional Court of Yugoslavia never took up the referendum on the status of Bosnia and Herzegovina as a separate issue. However, it made several rulings on the analogous acts of federal units which had promulgated "sovereignty and independence" before Bosnia and Herzegovina. Apart from the actual decisions of the Constitutional Court of Yugoslavia in the concrete cases, we shall quote from relevant parts of the explanations of those decisions since they extend beyond the framework of the concrete issue in formal and material terms, on which the court ruled. In other words they constitute a meritorious legal evaluation of the highest judicial instance in SFRY on the relevant question. In ruling I U No. 108/1-91 (*Official Gazette of SFRY*, No. 83/91), the Constitutional Court pointed out, *inter alia*, that

> "The right of peoples of Yugoslavia to self-determination, including the right to secession, may not, in the view of the Constitutional Court of Yugoslavia, be exercised by unilateral acts of the peoples of Yugoslavia, namely enactments of the Assemblies of the republics within the Socialist Federal Republic of Yugoslavia . . . Although the procedure for the exercise of the right to self-determination including the right to secession is not provided for by the SFRY Constitution, this does not mean that the right can be exercised on the basis of unilateral acts on self-determination and secession. No people and, more particularly, no assembly of a republic can, by means of a unilateral act, decide on the exercise of that right before the procedure and conditions governing the procedure have been jointly determined for the exercise of that right.
>
> A unilateral promulgation of sovereignty and independence of republics making up the Socialist Federal Republic of Yugoslavia implies, in the opinion of the Constitutional Court of Yugoslavia, an infringement upon the provisions of the SFRY Constitution concerning the composition of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia and of the frontiers of Yugoslavia as a federal state and state community of voluntarily united peoples and their socialist republics."

déterminée par la qualité de citoyen de la République. Le seul critère était la résidence, condition d'inscription sur les listes électorales. C'est ainsi que le droit de vote était par exemple accordé aux Slovènes ou aux Macédoniens qui résidaient en Bosnie-Herzégovine, alors que les Musulmans ou les Serbes citoyens de Bosnie-Herzégovine qui résidaient dans une autre république en étaient privés.

67. Du point de vue, enfin, du droit constitutionnel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, peut-il y avoir de décision plus autorisée sur la valeur juridique du référendum portant sur le «statut de la Bosnie-Herzégovine» que celle de la Cour constitutionnelle de Yougoslavie elle-même, championne par excellence de la constitutionnalité et de la légalité dans le système constitutionnel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (article 375 de la Constitution de celle-ci)? La Cour n'a jamais examiné à part le référendum sur le statut de la Bosnie-Herzégovine. Mais elle a rendu plusieurs décisions sur les actes du même ordre pris par les entités fédérales qui se sont proclamées «souveraines et indépendantes» avant la Bosnie-Herzégovine. Laissant de côté les décisions effectivement rendues par la Cour dans ces cas concrets, nous renverrons à certains passages de leurs attendus dont la portée dépasse, par la forme et par le fond, l'espèce sur laquelle la Cour se prononçait. En d'autres termes, ces passages offrent une analyse juridique valable, émanant de l'instance juridictionnelle suprême de la République fédérative socialiste de Yougoslavie sur la question. Dans son arrêt IU n° 108/1-91 (*Journal officiel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie*, n° 83/91), la Cour constitutionnelle a fait notamment remarquer que:

> «Le droit des peuples de Yougoslavie à disposer d'eux-mêmes, qui comprend le droit de faire sécession, ne peut s'exercer, de l'avis de la Cour constitutionnelle de Yougoslavie, par décision unilatérale des peuples de Yougoslavie, c'est-à-dire par un acte des assemblées des républiques de la République fédérative socialiste de Yougoslavie ... Le fait que la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie ne prévoit pas de procédure pour l'exercice du droit à disposer de soi-même, y compris le droit de faire sécession, ne signifie pas que ce droit peut s'exercer par décision unilatérale d'autodétermination ou de sécession. Aucun peuple ni, spécialement, aucune assemblée de république ne peut, agissant unilatéralement, décider de l'exercice de ce droit avant que n'aient été déterminées conjointement les modalités et les conditions de cet exercice.
>
> Une proclamation unilatérale de souveraineté et d'indépendance d'une des républiques composant la République fédérative socialiste de Yougoslavie est, de l'avis de la Cour constitutionnelle de Yougoslavie, une infraction aux dispositions de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie relatives à la composition et aux frontières de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, Etat fédéral et communauté d'Etat de peuples volontairement unis et de leurs républiques socialistes.»

It is worth mentioning that the above ruling was approved in the course of the court deliberations in full composition as provided for in Article 381 of the SFRY Constitution and in the presence of both judges from Bosnia and Herzegovina.

C. Legality of the Proclamation of Independence of Bosnia and Herzegovina in the Light of International Law

68. In a series of international instruments starting with the United Nations Charter and continuing via the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (1960), and the Covenants on Human Rights (1966), to the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations (1974), the equal rights and self-determination of peoples has been of essential universal value of the democratic *ordre public* embodied in the United Nations Charter, and raised to a positive norm of general international law with the character of *jus cogens*[110]. In the case concerning *East Timor*, the Court in its Judgment stated *inter alia*:

> "In the Court's view, . . . the right of peoples to self-determination, as it is evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character . . . the principle of self-determination of peoples has been recognized by the United Nations Charter and in the jurisprudence of the Court (see *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, pp. 31-32, paras. 52-53; *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pp. 31-33, paras. 54-59); it is one of the essential principles of contemporary international law."[111]

---

[110] J. J. Caicedo Perdomo, "La teoria del *ius cogens* en derecho internacional a la luz de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados", *Revista de la Academia colombina de jurisprudencia*, January-June 1975, pp. 216-274; L. Alexidze, "Legal Nature of *jus cogens* in Contemporary International Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 172, 1981, p. 262; Bedjaoui notes that "Among those principles, 'the right of complete independence' and 'the right of self-determination' are considered to be inalienable and must accordingly be recognized immediately and unconditionally" *[translation by the Registry]*: "Non-alignement et droit international", *ibid.*, Vol. 151, 1976, p. 421. M. Šahović, "Codification of the Legal Principles of Coexistence and the Development of Contemporary International Law", in *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation*, 1972, p. 23; draft rules on International Responsibility; the list of international crimes covers also "*(b)* a serious breach of an international obligation of essential importance of safeguarding the right of self-determination of peoples" (Art. 19), Fifth Report on State Responsibility, *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, Vol. II, Part Two, p. 75).

[111] *I.C.J. Reports 1995*, p. 102.

On rappellera que cet arrêt a été rendu par la Cour en assemblée plénière, comme prévu à l'article 381 de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, en présence des deux juges de la Bosnie-Herzégovine.

C. Légalité de la proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine en droit international

68. Toute une série d'instruments internationaux, ouverte par la Charte des Nations Unies et poursuivie par la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux de 1960, les pactes relatifs aux droits de l'homme, de 1966, et la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, de 1974, fait de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes une valeur universelle fondamentale de l'ordre public démocratique consacré dans la Charte, valeur érigée en norme positive du droit international général, ayant la qualité de *jus cogens*[110]. Dans son arrêt en l'affaire du *Timor oriental* la Cour dit notamment:

> «La Cour considère que ... le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes*. Le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a été reconnu par la Charte des Nations Unies et dans la jurisprudence de la Cour (voir *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31-32, par. 52-53; *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 31-33, par. 54-59); il s'agit là d'un des principes essentiels du droit international contemporain.»[111]

---

[110] J. J. Caicedo Perdomo, «La teoría del *ius cogens* en derecho internacional a la luz de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados», *Revista de la Academia colombina de jurisprudencia*, janvier-juin 1975, p. 216-274; L. Alexidze, «Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 172, 1981, p. 262; Bedjaoui note que: «Parmi ces principes «le droit à l'indépendance complète» et «le droit à autodétermination» sont jugés inaliénables et doivent à ce titre faire l'objet d'une reconnaissance immédiate et sans condition» («Non-alignement et droit international», *ibid.*, t. 151, 1976, p. 421); M. Sahović, «Codification of the Legal Principles of Coexistence and the Development of Contemporary International Law», *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation*, 1972, p. 23; projet d'articles sur la responsabilité internationale: la liste des crimes internationaux s'étend également à «*b)* la violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes» (art. 19), cinquième rapport sur la responsabilité de l'Etat, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, deuxième partie, p. 70.

[111] *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102.

69. Equal rights and self-determination of peoples is a complex norm in terms of structure.

On the one hand, the very phrase "equal rights and self-determination of peoples" is a link, an amalgam of a general legal principle ("equal rights") and the norm on the self-determination of peoples. "Equal rights" in the above phrase, as a normative substitute for "equality of States", has a broader meaning because it defines, in a broader form, the relationship of each people taken individually to the sum of rights recognized to peoples under international law. Its virtual meaning lies in a prohibition of any distinction between peoples and the respective rights recognized to them. In other words, the principle of "equal rights" defines the scope of the norms of international law that relate to the status of peoples. The right to self-determination does, however, have an immediate material substance as

> "all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of the Charter" (para. 1 of the Declaration on Principles).

On the other hand, the norm on "equal rights and self-determination of peoples" is incomplete, less than full norm in view of its application. More particularly, it contains no definition of the notion of "people" and no such definition, as an institutional mechanism authorized to define what a "people" is, can be found to exist in the international law in force. That is why the only way to make the norms on "equal rights and self-determination of peoples" operational and effective is to take the norms of internal law which define "peoples", as relevant (paras. 44-45 above). The norms of internal law can likewise be relevant in the event of an exercise of external self-determination in States comprising more than one people, in view of the nature of the prohibition of violations of territorial integrity and political unity.

70. Certain strong arguments support the assertation that the proclamation of Bosnia and Herzegovina as a "sovereign and independent" State within its administrative borders was a violation of the fundamental entitlement to equal rights and self-determination of peoples.

On the assumption that other relevant processes and material requirements were in place (paras. 59-63 above), the merit of the proclamation of Bosnia and Herzegovina as a "sovereign and independent" State, could only relate to the converging will of the three peoples in Bosnia and Herzegovina. However, there was an evident divergence in the basic political stances of the representatives of these three peoples. While the will of the Muslim political leadership was expressed in the Draft Declaration on the Sovereign Bosnia and Herzegovina since February 1991, which has been, at least temporarily, accepted by Croat political leaders,

69. L'égalité des droits et l'autodétermination des peuples forment une norme structurellement complexe.

D'une part, l'expression elle-même, «égalité de droits des peuples et droit [des peuples] à disposer d'eux-mêmes», est issue de la conjonction, de l'amalgame d'un principe juridique général (l'«égalité de droits») et du principe de l'autodétermination des peuples. Le terme «égalité de droits», substitut normatif d'«égalité des Etats», y a un sens plus général en ce qu'il vise, sous une acception plus large, les rapports qu'a chaque peuple, considéré individuellement, avec la totalité des droits reconnus aux peuples par le droit international. Est sous-entendue l'interdiction de faire quelque distinction que ce soit entre les peuples et entre les divers droits qui sont reconnus à chacun d'eux. En d'autres termes, le principe de l'«égalité de droits» définit le champ d'application des principes du droit international qui concernent le statut des peuples. Le droit à disposer de soi-même a cependant un sens matériel immédiat en ce que

> «tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et culturel et tout Etat a le devoir de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte» (paragraphe 1 de la déclaration relative aux principes).

D'autre part, la règle de l'«égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes» est incomplète, car elle ne forme pas sur le plan de l'application un principe autonome. Pour être plus précis, elle ne donne en effet aucune définition de la notion de «peuple», et on ne trouve dans le droit international en vigueur aucune définition qui permettrait, à titre de référence institutionnelle autorisée, de savoir ce qu'est un «peuple». C'est pourquoi la seule façon de rendre opératoire et de donner effet au principe de l'«égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes» est de s'appuyer sur les règles du droit interne (ci-dessus par. 44-45). Ces règles du droit interne peuvent de la même manière être valables en cas d'exercice du droit à l'autodétermination externe quand il s'agit d'Etats comprenant plus d'un seul peuple, l'interdiction de violer l'intégrité territoriale et l'unité politique étant ce qu'elle est.

70. Il y a de bonnes raisons de soutenir que la proclamation de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat «souverain et indépendant» à l'intérieur de ses frontières administratives est une violation du principe fondamental de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

En supposant que toutes les autres conditions, de procédure et de fond, trouvant alors à s'appliquer se trouvaient réunies (voir ci-dessus par. 59-63), la proclamation de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'«Etat souverain et indépendant» ne peut être valable que comme résultat de la volonté concurrente des trois peuples de Bosnie-Herzégovine. Or, on observe des divergences évidentes entre les positions politiques fondamentales des représentants de ces trois peuples. Alors que la volonté des dirigeants politiques musulmans s'est exprimée en février 1991 dans le projet de déclaration sur la Bosnie-Herzégovine souveraine, déclaration qui a été, au moins

the political leadership of Bosnian Serbs insisted on the preservation of Bosnia and Hezegovina as a federal unit within the Yugoslav federation.

The referendum of 29 February and 1 March 1992 was not an expression of equal rights and self-determination of the three peoples of Bosnia and Herzegovina, whether in terms of its form (see para. 64 above) or its substance. Although absolutely inappropriate in form, its substance could, however, be qualified at best as the *de facto* self-determination of the Muslim and Croat peoples in Bosnia and Herzegovina. A national plebiscite of the Serbian people in Bosnia and Herzegovina was organized in the form of referendum on 9 and 10 November 1991, "in the areas of the Serbian autonomous regions and other Serbian ethnic enclaves in Bosnia and Herzegovina", where 96.4 per cent of citizens voted for an independent State within the Yugoslav federation (*Politika*, 11 and 13 November 1991).

Relevant circumstances concerning the referendum of 29 February and 1 March 1992 reveal the *intention* to have the decision on the legal status of Bosnia and Herzegovina taken independently of the norm on equal rights and self-determination of peoples.

In the first place, Mr. Alija Izetbegović stated the following at a press conference in Sarajevo on 30 January 1991:

> "If Slovenia and Croatia secede from the present Federation, I will consider that I no longer have any authority to conduct further talks on a new Yugoslavia. I will propose *that a referendum* be held of all citizens of Bosnia and Herzegovina — not of individual peoples — to decide on the independence and sovereignty of Bosnia-Herzegovina."[112]

Secondly, Bosnia and Herzegovina's submissions mentioned more than once the *"People of the Republic"* (*exempli causa*, paras. 5, 31, 114, 134, 135, 136 of the Application instituting proceedings filed in the Registry of the Court on 20 March 1993; Memorial, paras. 4.2.1.10; 4.2.2.19). Thus in paragraph 4.2.1.10 it was written that the referendum on the sovereignty of Bosnia and Herzegovina was based on the will of the "majority of *people* of the Republic" (emphasis added).

This proves that the merit of the relevant decision was not the will of the three peoples of Bosnia and Herzegovina to "determine their political status", but was rather the will, in the light of facts and law, of an imaginary "*people* of Bosnia and Herzegovina". The objective meaning of the phrase "people of Bosnia and Herzegovina" in the given context lies in a denial of the existence of the three peoples of Bosnia and Herzegovina,

[112] Referendum on the independence of Bosnia and Herzegovina, *The Politika Daily*, 31 January 1991 (emphasis added).

temporairement, acceptée par les dirigeants politiques croates, les dirigeants politiques serbes de Bosnie ont insisté pour que la Bosnie-Herzégovine reste une entité fédérale de la Fédération yougoslave.

Le référendum des 29 février et 1er mars 1992 n'a pas été la manifestation de l'égalité de droits et du droit des trois peuples de Bosnie-Herzégovine à disposer d'eux-mêmes, ni sur le plan de la forme (voir ci-après par. 64) ni sur celui du fond. Absolument anormal sur le plan de la forme, sur celui du fond il pourrait être qualifié au mieux d'autodétermination *de facto* des peuples musulman et croate de Bosnie-Herzégovine. Un plébiscite national du peuple serbe de Bosnie-Herzégovine a été organisé, par voie de référendum, les 9 et 10 novembre 1991, «dans les zones des régions autonomes serbes et autres enclaves ethniques serbes en Bosnie-Herzégovine», à l'occasion duquel 96,4% des citoyens ont voté en faveur d'un Etat indépendant dans le cadre de la Fédération yougoslave (*Politika*, 11 et 13 novembre 1991).

Les circonstances dans lesquelles a été organisé le référendum des 29 février et 1er mars 1992 montrent que l'*intention* était de trancher le statut juridique de la Bosnie-Herzégovine indépendamment du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

En premier lieu, M. Alija Izetbegović a déclaré ce qui suit lors d'une conférence de presse tenue à Sarajevo le 30 janvier 1991:

> «Si la Slovénie et la Croatie se séparent de la fédération actuelle, je considérerai que je n'ai plus aucune autorité pour conduire d'autres pourparlers relatifs à la nouvelle Yougoslavie. Je proposerai d'organiser *un référendum* de tous les citoyens de Bosnie-Herzégovine, non des peuples considérés séparément, pour qu'ils se prononcent sur l'indépendance et la souveraineté de la Bosnie-Herzégovine.»[112] (Les italiques sont de moi.)

En deuxième lieu, la Bosnie-Herzégovine a mentionné plus d'une fois dans ses conclusions le *«peuple de la République»* (par exemple, aux paragraphes 5, 31, 114, 134 à 136 de la requête introductive d'instance du 20 mars 1993, et aux paragraphes 4.2.1.10 et 4.2.2.19 du mémoire). C'est ainsi qu'au paragraphe 4.2.1.10 du mémoire il est écrit que le référendum relatif à la souveraineté de la Bosnie-Herzégovine est fondé sur la volonté de la «majorité de la *population* de cette république» (les italiques sont de moi).

On voit donc que le fond de la décision référendaire n'était pas la volonté des trois peuples de Bosnie-Herzégovine de «déterminer leur statut politique», mais plutôt la volonté, à la lumière des faits et du droit, d'un imaginaire «peuple de Bosnie-Herzégovine». Le sens objectif du terme «population de Bosnie-Herzégovine» dans le contexte considéré est la négation de l'existence des trois peuples de Bosnie-Herzégovine, et,

[112] «Référendum sur l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine», *The Politika Daily*, 31 janvier 1991 (les italiques sont de moi).

thereby denying the relevance of the norm on equal rights and self-determination of peoples.

Thirdly, the reference of Bosnia and Herzegovina to the opinion of the Arbitration Commission as advisory body of the Conference on Yugoslavia is reasonably connected to the standpoint of the Commission on the issue of self-determination of Serbian people in Bosnia and Herzegovina. In reply to the question raised by Lord Carrington, Chairman of the Conference on Peace in Yugoslavia: "As a constituent people of Yugoslavia, do the Serbian Populations(s) in . . . Bosnia-Herzegovina enjoy the right to self-determination?", the Commission, *inter alia*, stressed:

> "that the Serbian population of Bosnia-Herzegovina . . . is entitled to all the minority rights accorded to minorities and ethnic groups under international law and under the provisions of the draft Convention of the Conference on Yugoslavia of 4 November 1991, to which the Republics of Bosnia-Herzegovina . . . have undertaken to give effect"[113].

In other words, a construction of the Commission on independence of Bosnia and Herzegovina which served as basis for the policy of recognition of Bosnia and Herzegovina has been derived independently of a cogent norm on equal rights and self-determination of peoples, since one of the constituent peoples of Bosnia and Herzegovina has been treated as a "minority and ethnic group".

71. The right to self-determination is composed of two rights: the right to internal and the right to external self-determination. These two rights are an organic unity expressing dialectics in the development of the idea of self-determination.

The right to internal self-determination is materialized in the institutional environment of a sovereign, independent State. It is reduced to the right of each State freely, without external interference, to choose the form of its social system (political self-determination) and the right to free disposal of its natural wealth and resources. So construed, a right to internal self-determination embodies the ideas of sovereignty and democracy.

The right to external self-determination means the right to choose the institutional framework for the continuous exercise of internal self-determination. Statehood is thus not the necessary and automatic outcome of the exercise of the right to external self-determination, since that right could be expressed not only by the "establishment of a sovereign and independent State" but by "free association or integration with an independent State or the emergence into any other political status freely determined by a people".

---

[113] The Conference on Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion No. 2, para. 4.

par là, la négation de l'applicabilité en l'occurrence du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

En troisième lieu, la référence que fait la Bosnie-Herzégovine à l'avis de la commission d'arbitrage, organe consultatif de la conférence sur la Yougoslavie, a des rapports raisonnablement étroits avec la position de la commission sur la question de l'autodétermination du peuple serbe de Bosnie-Herzégovine. En réponse à la question de lord Carrington, président de la conférence sur la Yougoslavie, la commission a notamment insisté sur le fait que:

> «la population serbe de Bosnie-Herzégovine ... a le droit de bénéficier de tous les droits des minorités reconnus aux minorités et aux groupes ethniques par le droit international et par les dispositions du projet de convention de la conférence pour la paix en Yougoslavie du 4 novembre 1991, que les républiques de Bosnie-Herzégovine se sont engagées à mettre en œuvre»[113].

En d'autres termes, une interprétation de la commission d'arbitrage relativement à l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine, qui a servi de point de départ à la politique de reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine, a été établie indépendamment de toute norme impérative relative à l'égalité de droits des peuples et à leur droit de disposer d'eux-mêmes, puisque l'un des peuples constitutifs de Bosnie-Herzégovine y était traité comme une «minorité» et un «groupe ethnique».

71. Le droit de disposer de soi-même se subdivise en droit à l'autodétermination interne et droit à l'autodétermination externe. Ces deux droits forment une unité organique, résultat dialectique du développement de la notion d'autodétermination.

Le droit à l'autodétermination interne prend forme dans l'environnement institutionnel d'un Etat souverain et indépendant. Il se ramène au droit qu'a chaque Etat de choisir librement, sans ingérence extérieure, la forme de son système social (autodétermination politique) et au droit de disposer librement de ses richesses et ressources naturelles. Ainsi conçu, le droit à l'autodétermination interne couvre les notions de souveraineté et de démocratie.

Le droit à l'autodétermination externe est le droit de choisir le cadre institutionnel de l'exercice ininterrompu du droit à l'autodétermination interne. La qualité d'Etat n'est pas le résultat nécessaire et automatique de l'exercice du droit à l'autodétermination externe puisque celui-ci peut avoir pour résultat non pas seulement l'«institution d'un Etat souverain et indépendant», mais aussi l'«association ou l'intégration libre à un Etat indépendant ou l'adoption de quelque autre statut politique librement choisi par un peuple».

[113] Conférence pour la paix en Yougoslavie, commission d'arbitrage, avis n° 2, par. 4.

72. The question of fundamental importance in this context is whether the right to external self-determination is universal or limited in scope?

It seems indisputable that *in abstracto* the right to self-determination is a norm of universal scope. A limitation of the scope of the right to self-determination would mean tacit partial derogation from it. Universality is an inherent characteristic of both aspects of the right to self-determination — internal and external self-determination. It is clearly and undoubtedly indicated by the wording that self-determination belongs to "all peoples" (Art. 1 of both Covenants on Human Rights (1966) and Declaration on Principles of International Law regarding Friendly Relations and Co-operation among States (1970)). Were that not the case, the right to self-determination would relate not to the "equal rights" of peoples but to an "unequal right".

The fact that in the Court's practice (Advisory Opinion in the *Namibia* case, *I.C.J. Reports 1971*, p. 31; *Western Sahara* case, *I.C.J. Reports 1975*, pp. 12, 31), the right to external self-determination has been linked to non-self-governing territories cannot be interpreted as a limitation of the scope of the right to self-determination *ratione personae*, but as an application of universal law *ad casum*.

73. However, there is no automatic equation between universality and non-limitation of the right to self-determination. In the exercise of the right to self-determination there are limits determined by the very norm of self-determination of peoples and limitations deriving from other norms in the system of international law.

These limitations affect the right to self-determination in its entirety, i.e., their subject matter is both internal and external self-determination.

Exempli causa, when it comes to internal self-determination, it is evident that in the context of political self-determination, the subject right includes no option for a social system based on racial discrimination or segregation. More particularly, the right to self-determination, *ex definitione*, is a general permissive norm, a norm comprising categorical authorization. The exercise of that authorization is effected, however, within the system of international law, which is to say that it encounters limits in categorical prohibitions contained in other cogent norms (*in concreto*, in the norm prohibiting racial discrimination).

The basic constraint affecting the exercise of external self-determination derives from the very norm on equal rights and self-determination of peoples. The right to self-determination shall not

> "be construed as authorizing or encouraging any action which could dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-

72. La question fondamentale qui se pose à ce niveau est celle de savoir si le droit à l'autodétermination externe est universel ou s'il est de portée limitée.

Il semble indiscutable que le droit à l'autodétermination est, *in abstracto*, un principe de portée universelle. Limiter sa portée reviendrait à y déroger tacitement en partie. L'universalité est une qualité inhérente des deux aspects du droit à disposer de soi-même (autodétermination interne et autodétermination externe). Les formules employées elles-mêmes indiquent clairement, hors de tout doute, que le droit à l'autodétermination appartient à «tous les peuples» (article premier des deux pactes relatifs aux droits de l'homme de 1966 et déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats de 1970). Si tel n'était pas le cas, le droit à l'autodétermination renverrait non à l'«égalité de droits» des peuples, mais à l'«inégalité de droits».

Le fait que dans la pratique de la Cour (avis consultatifs dans l'affaire de la *Namibie, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31, et dans l'affaire du *Sahara occidental, C.I.J. Recueil 1975*, p. 31) le droit à l'autodétermination externe ait été lié aux territoires non autonomes ne peut être considéré comme limitant la portée du droit à l'autodétermination *ratione personae*, mais comme l'application *ad casum* du droit universel.

73. On ne peut cependant postuler que l'universalité du droit à l'autodétermination signifie nécessairement qu'il y serait sans limite. L'exercice du droit à l'autodétermination a des limites déterminées par le principe même du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et par les autres règles de l'appareil juridique international.

Ces limites s'imposent au droit à disposer de soi-même dans sa totalité, c'est-à-dire qu'elles touchent l'autodétermination interne comme l'autodétermination externe.

Dans le cas par exemple de l'autodétermination interne, il est clair qu'en matière d'autodétermination politique le droit de disposer de soi-même ne permet pas de choisir un système social fondé sur la ségrégation ou la discrimination raciale. Par définition, le droit à l'autodétermination est plus précisément une norme permissive générale, recouvrant une autorisation catégorique. L'exercice de cette autorisation s'inscrit cependant dans le cadre du droit international, c'est-à-dire qu'il se heurte aux limites fixées par les interdictions catégoriques d'autres normes impératives (concrètement, la norme prohibant la discrimination raciale).

La limite fondamentale qui s'impose à l'exercice du droit à l'autodétermination externe découle du principe même de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Le droit à l'autodétermination ne peut être interprété

> «comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de

> determination of peoples . . . and . . . possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour"[114].

The above-mentioned constraint on the exercise of external self-determination in a narrow sense, within the meaning of the norm on equal rights and self-determination of peoples, reveals the relevance of the norm on territorial integrity and political unity of a State. Being linked to the exercise of the right to self-determination to which "peoples" are entitled, this limitation protects the territorial integrity and political unity of a State from any action that might be undertaken *within the State* — unlike the ban on the use of force and threat of force in *international relations among States* which safeguard its territorial integrity and political unity against an *external* action.

74. As Henkin pointed out "[i]t is accepted that self-determination . . . does not include a right of secession for a people from an existing State"[115].

The rule applies equally to federations:

> "[w]hether the federation dissolves into two or more States also brings into focus the doctrine of self-determination in the form of secession. Such a dissolution may be the result of an amicable and constitutional agreement or may occur pursuant to a forceful exercise of secession. In the latter case, international legal rules may be pleaded in aid, but the position would seem to be that (apart from recognised colonial situations) there is no right of self-determination applicable to independent states that would justify the resort to secession."[116]

In other words, that is to say that in the existing States made up of several peoples, the norm of equal rights and self-determination establishes prohibition of the exercise of external self-determination, since it naturally represents an action which "dismembers or impairs totally or in part, the territorial integrity or political unity". The addressee of that prohibition is a people equipped with the right to self-determination; in view of the fact that

> "[s]ecessionist claims *involve*, first and *foremost*, disputed claims to territory . . . The two supposedly competing principles of people and territory actually work in tandem."[117]

---

[114] Declaration of Principles, para. 7.

[115] L. Henkin, "General Course of Public International Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 216, 1989, p. 243.

[116] M. N. Shaw, *International Law*, 1986, p. 139.

[117] L. Brilmayer, "Secession and Self-Determination", *Yale Journal of International Law*, Vol. 16, 1991, p. 178 (emphasis added).

> droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ... et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur»[114].

Cette contrainte qui s'exerce sur le droit à l'autodétermination externe pris au sens étroit, dans le cadre du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, fait ressortir la pertinence du principe de l'intégrité territoriale et de l'unité politique de l'Etat. Liée comme elle l'est à l'exercice du droit à l'autodétermination, droit que possèdent les «peuples», cette contrainte protège l'intégrité territoriale et l'unité politique d'un Etat de toute entreprise qui pourrait être lancée *à l'intérieur de cet Etat*, par opposition à l'interdiction d'employer ou de menacer d'employer la force *dans les relations internationales entre Etats*, qui protège l'intégrité territoriale et l'unité politique de l'Etat de toute action *extérieure*.

74. Comme l'a fait remarquer Henkin: «il est admis que le droit de disposer de soi-même ... n'implique pas pour un peuple le droit de faire sécession de l'Etat existant»[115].

La même règle s'applique aux fédérations:

> «Que la fédération se scinde en deux Etats ou davantage fait aussi passer au premier plan le problème théorique de l'autodétermination sous forme de sécession. Cette dissolution peut être le résultat d'un accord amiable constitutionnel, ou le résultat d'un acte de sécession par la force. Dans ce dernier cas, les règles du droit international peuvent être invoquées mais, hormis les cas de sujétion coloniale reconnue, il semble qu'il n'y ait pas de droit à l'autodétermination qui s'applique à des Etats indépendants et justifie qu'ils recourent à la sécession.»[116]

En d'autres termes, cela revient à dire que, dans un Etat composé de plusieurs peuples, le principe de l'égalité de droits et du droit à l'autodétermination aboutit à l'interdiction de l'autodétermination externe puisque celle-ci revient évidemment à «démembrer ou menacer totalement ou partiellement l'intégrité territoriale ou l'unité politique» de l'Etat en question. Le sujet visé par cette interdiction est un peuple doté du droit de disposer de lui-même; étant donné que

> «les revendications de sécession *comportent*, d'abord et *avant tout* des prétentions territoriales non réglées ... les deux principes, réputés concurrents, de peuple et de territoire, opèrent en fait en tandem»[117].

---

[114] Déclaration relative aux principes..., par. 1.

[115] L. Henkin, «General Course of Public International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 216, 1989, p. 243.

[116] M. N. Shaw, *International Law*, 1986, p. 139.

[117] L. Brilmayer, «Secession and Self-determination», *Yale Journal of International Law*, vol. 16, 1991, p. 178 (les italiques sont de moi).

75. The basis of prohibition lies in the conflict of two norms of the same legal rank — the norm of self-determination and the norm of territorial integrity. The latter, *tractu temporis*, has become an integral ingredient of the sovereign equality of States (point *(d)* of the Principle of Sovereign Equality of States in the Declaration on Principles of International Law), a cogent norm *per se*, so that the aforementioned conflict is impossible to resolve on the grounds of hierarchy of norms of international law. Apart from this practical justification, such a solution has a principled one, i.e., no one is more qualified than a State, as a sovereign political unit, to decide on its fate when it finds itself caught between two substantially opposing norms and when its decision does not affect the rights of third States.

76. According to paragraph 7 of the Declaration on Principles of International Law, the prohibition of dismemberment or impairment in the territorial integrity or political unity concerns the States

> "conducting themselves in compliance with principles of equal rights and self-determination of peoples . . . and possessed of government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour".

The stated provisions contain two criteria: the first is the conduct of the State in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples, and the second is the criterion of representatives of a government with the view to ensuring the representation of the whole people without discrimination as to race, creed or colour. By its nature, the second criterion is general. In this concrete case, it should also be interpreted as an absence of discrimination among peoples who comprised the SFRY.

How does this relate to the application of the two legal criteria in the case of the Yugoslav federation?

77. The self-determination of peoples has been more than a statement in constitutional and legal documents of the federal Yugoslavia. It was a constitutive principle of the Yugoslav State. Equally, in the Yugoslav constitutional law, "national equality" or "equality of peoples" went hand in hand with the right to self-determination.

The 1974 Constitution of the SFRY qualified equality of peoples explicitly as one of the major constitutional principles (the first section of the Basic Principles) and developed it into several provisions in the operative, normative part of the Constitution (e.g., Arts. 1, 244, 245). Article 245, devoted to the relations within the Federation, stipulated that: "In SFRY peoples . . . enjoy equality."

75. Cette interdiction trouve son fondement dans le conflit qui oppose deux principes de même force juridique: celui de l'autodétermination et celui de l'intégrité territoriale. Ce dernier est devenu *tractu temporis* un élément essentiel de l'égalité souveraine des Etats (alinéa *d)* de la rubrique «Le principe de l'égalité souveraine des Etats», dans la déclaration relative aux principes du droit international), une norme impérative, de telle sorte que le conflit dont nous parlions est impossible à résoudre par référence à la hiérarchie des principes du droit international. Outre cette considération pratique, il y a aussi une question de principe, à savoir que nul n'est mieux qualifié qu'un Etat, entité politique souveraine, pour décider de son sort lorsqu'il se trouve pris entre deux principes fondamentalement antagonistes et lorsque sa décision est sans effet sur les droits d'autres Etats tiers.

76. Selon le paragraphe 7 de la déclaration relative aux principes du droit international, l'interdiction de démembrer ou de menacer l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un Etat protège les Etats

> «se conduisant conformément aux principes de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ... et dotés d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire, sans distinction de race, de croyance ou de couleur».

Cette disposition fixe deux critères: le premier est celui du comportement de l'Etat vis-à-vis du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes; le second est celui de la composition du gouvernement, qui doit garantir la représentation de l'ensemble du peuple, sans discrimination de race, de croyance ou de couleur. Par nature, ce second critère est d'ordre général. Dans le cas concret qui nous occupe, il faut aussi l'interpréter comme signifiant l'absence de discrimination entre les peuples de la République fédérative socialiste de Yougoslavie.

Qu'en est-il de ce point de vue de l'application de ces deux critères juridiques au cas de la Fédération yougoslave?

77. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'a pas été qu'une simple déclaration inscrite dans les textes constitutionnels et juridiques de la Fédération yougoslave. C'était un principe fondateur de l'Etat yougoslave. De la même manière, en droit constitutionnel yougoslave, «égalité des nations» et «égalité des peuples» allaient de pair avec le droit à l'autodétermination.

La Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie de 1974 faisait explicitement de l'égalité des peuples l'un des grands principes constitutionnels («Principes fondamentaux», chap. I), qu'elle a développés en de multiples dispositions dans sa partie dispositive et normative (articles premier, 244 et 245, par exemple). L'article 245, consacré aux relations à l'intérieur de la Fédération, dit bien que «dans la République fédérative socialiste de Yougoslavie, les peuples ... jouissent de l'égalité».

The equality of peoples in the composition of the State authorities of SFRY was ensured in two ways:

(i) via constitutional provisions on the equal representation of republics and provinces, namely the joint representation of republics in the federal bodies. Both chambers of the SFRY Assembly, the general representation (Federal Chamber) and the federal house (Chamber of Republics and Provinces) were formed according to the classical principle of parity (Arts. 284 and 291 of the SFRY Constitution). The same principle applied to the collective Head of State — Presidency of the SFRY (Amendment XLI, point 1, to the SFRY Constitution). Care was taken, in appointing members of the Federal Executive Council (Government of SFRY) to ensure an equal representation of republics and an adequate representation of provinces (Amendment XLIII to the SFRY Constitution). The principle of equal representation of republics was applied in the courts (Constitutional Court and Federal (Supreme) Court).

(ii) Social compacts on the policy of recruitment of cadres determined eligibility criteria in which national origin was placed high on the list in multi-ethnic communities.

The personnel picture in the highest State bodies in SFRY in 1990, immediately prior to proclamation of declaration of independence in some federal units, was as follows:

President of the Presidency of SFRY: Croat; Vice-President: Serb;
Prime Minister of the Federal Government: Croat; Vice-premiers: Serb and Slovene;
President of the Parliament: Muslim from Bosnia and Herzegovina. The latest Federal cabinet comprised five Croats; three Serbs; one Muslim; one Serb from Bosnia; three Slovenes; one Montenegran; one Yugoslav; one Albanian; one Hungarian; and two Macedonians.

In the light of the aforementioned facts, one cannot but conclude that the State organs of SFRY represented all the Yugoslav peoples.

78. As to Bosnia and Herzegovina's view on the subject-matter, it never questions the representativeness of the SFRY bodies in principle, but points out that, by the proclamation of independence of some federal units, that representativeness had disappeared and, moreover, "the common federal bodies on which all the Yugoslav republics where represented no longer exist; no body of that type has functioned

L'égalité des peuples au niveau des organes d'autorité de l'Etat yougoslave était assurée de deux manières:

i) par des dispositions constitutionnelles portant sur l'égalité de la représentation des républiques et des provinces, c'est-à-dire la coreprésentation des républiques au sein des organes fédéraux. Les deux chambres de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, la chambre de représentation générale (chambre fédérale) et la chambre de représentation fédérale (chambre des républiques et des provinces), étaient constituées selon le principe classique de la parité (articles 284 et 291 de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie). Le même principe valait pour le chef d'Etat collectif qu'était la présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (amendement XLI de la Constitution, point 1). Lors de la nomination des membres du Conseil exécutif fédéral, le Gouvernement de la République fédérative socialiste de Yougoslavie veillait à assurer une égale représentation des républiques et une représentation adéquate des provinces (amendement XLIII de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie). Le principe de l'égalité de représentation des républiques s'appliquait également dans les organes judiciaires (Cour constitutionnelle et Cour (suprême) fédérale);
ii) par des pactes sociaux régissant la politique de recrutement des cadres, et fixant les conditions de leur nomination, parmi lesquelles l'origine nationale figurait en bonne place lorsqu'il s'agissait de communautés multiethniques.

En 1990, les plus hautes charges de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, immédiatement avant la proclamation de l'indépendance de certaines entités fédérales, présentaient le tableau suivant:

président de la présidence: croate; vice-président: serbe;
premier ministre du gouvernement fédéral: croate; vice-premiers ministres: serbe et slovène;
président du Parlement: musulman de Bosnie-Herzégovine. Le dernier cabinet fédéral comprenait cinq Croates, trois Serbes, un Musulman, un Serbe de Bosnie, trois Slovènes, un Monténégrin, un Yougoslave, un Albanais, un Hongrois et deux Macédoniens.

On ne peut qu'en conclure que les organes d'Etat de la République fédérative socialiste de Yougoslavie représentaient tous les peuples yougoslaves.

78. Quant à la position de la Bosnie-Herzégovine sur cette question, on constatera qu'elle ne met aucunement en cause la représentativité des organes de la République fédérative socialiste de Yougoslavie; la Bosnie-Herzégovine soutient que cette représentativité avait disparu avec la proclamation de l'indépendance de certaines entités fédérales et que de surcroît «les organes fédéraux communs dans lesquels étaient représentées

since" (Memorial, para. 4.2.1.26). The claim rests on a general thesis that

> "in the case of a federal-type State, which embraces communities that possess a degree of autonomy and, moreover, participate in the exercise of political power within the framework of institutions common to the Federation, the existence of the State implies that the federal organs represent the components of the Federation and wield effective power"[118].

In the case of Yugoslavia, "common federal bodies" ceased to exist due to referendum on independence in three republics, and in "Bosnia and Herzegovina, by a sovereignty resolution adopted by Parliament on October 14th, 1991, whose validity has been contested by the Serbian community of the Republic of Bosnia and Herzegovina"[119],

> "The composition and workings of the essential organs of the Federation, be they the Federal Presidency, the Federal Council, the Council of the Republics and the Provinces, the Federal Executive Council, the Constitutional Court or the Federal Army, no longer meet the criteria of participation and representativeness inherent in a federal state."[120]

This claim could be hardly taken as legally meritorious. The lack of credibility of the above claim, both in its general and in specific meaning, is evidenced by the following.

79. The wording "the federal organs represent the components of the Federation" has two possible meanings. First, that the Federation, via its organs, represents federal units. Such a meaning of the above wording is logically implied by the fact that a federation is, by definition, a higher, superior power in relation to its constituent parts and that the organs of the whole represent the parts constituting it, and, secondly, that federal organs by their very composition represent federal units — in other words they are a sort of institutional aggregate of the representativeness of federal units.

The claim of Bosnia and Herzegovina, supported by the Opinion of the Commission, is evidently aimed in that direction. In the light of the comparative practice of the federation and constitution of the SFRY, those claims are groundless. As a rule, federal organs represent the federal State as a whole (*exempli causa*: United States President; United States House of Representatives; executive and judicial organs in almost all

[118] International Conference on Peace in Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion No. 1, para. 1 *(d)*.
[119] *Ibid.*, para. 2 *(a)*.
[120] *Ibid.*, para. 2 *(b)*.

toutes les républiques yougoslaves n'existaient plus; depuis lors, aucun organe de ce type n'a fonctionné» (mémoire, par. 4.2.1.26). Sa thèse repose sur l'idée générale que

> «dans le cas d'un Etat de type fédéral, qui réunit des communautés dotées d'une certaine autonomie, et qui sont, en outre, associées à l'exercice du pouvoir politique dans le cadre d'institutions communes à la fédération, l'existence de l'Etat implique que les organes fédéraux représentent les composantes de la fédération et disposent d'un pouvoir effectif»[118].

Dans le cas de la Yougoslavie, les «organes fédéraux» ont cessé d'exister à la suite du référendum sur l'indépendance tenu dans trois républiques et «en Bosnie-Herzégovine, [par l'effet] d'une résolution sur la souveraineté adoptée par le Parlement le 14 octobre 1991, dont la communauté serbe de la République de Bosnie-Herzégovine a contesté la validité»[119]:

> «La composition et le fonctionnement des organes essentiels de la Fédération, qu'il s'agisse de la présidence fédérale, du conseil fédéral, du conseil des républiques et des provinces, du conseil exécutif fédéral, de la Cour constitutionnelle ou de l'armée fédérale, ne satisfont plus aux exigences de participation et de représentativité inhérentes à un Etat fédéral.»[120]

Il est difficile d'accorder une valeur juridique à une telle affirmation. On ne peut y prêter foi, ni dans son sens général ni dans son sens particulier, pour les raisons que l'on va exposer.

79. Le membre de phrase «les organes fédéraux représentent les composantes de la fédération» peut avoir deux sens. Le premier est que la fédération, par ses organes, représente les entités fédérales. Cette interprétation découle logiquement du fait que la fédération est, par définition, un pouvoir d'un rang plus élevé et supérieur par rapport aux parties qui la constituent, et que les organes de l'ensemble représentent ces parties. Le deuxième sens est que les organes fédéraux, par leur composition même, représentent les entités fédérales, en d'autres termes qu'ils sont une sorte de synthèse institutionnelle de la représentativité de ces entités fédérales.

C'est évidemment de ce côté que penchent les prétentions de la Bosnie-Herzégovine, corroborées par l'avis de la commission d'arbitrage. Or, si l'on rapproche comparativement la pratique de la fédération et de la constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, on voit que ces prétentions sont sans fondement. En règle générale, les organes fédéraux représentent l'Etat fédéral dans son ensemble (par exemple:

[118] Conférence internationale pour la paix en Yougoslavie, commission d'arbitrage, avis n° 1, par. 1 *d)*.
[119] *Ibid.*, par. 2 *a)*.
[120] *Ibid.*, par. 2 *b)*.

federal States) and only the federal chamber is *bicameral*, representing parts of the federation (United States Senate, Canada or Brazil, German Bundesrat, National Council in Switzerland, etc.).

Also, the relevant solution in the SFRY Constitution ranged within the framework of that generally accepted practice in federal States. With the exception of the Council of Republics and Provinces, all federal organs in SFRY represented the federation as a whole. Delegates in the Federal Council represented "self-managing organizations and communities and socio-political organizations" and *were elected* in the republics and provinces (Art. 129 of the SFRY Constitution); members of the Federal Executive Council and officials did not, moreover, represent republics/provinces and an explicit constitutional provision prohibited them from accepting guidelines and orders from republics and provinces (Art. 362). The President and Members of the SFRY Presidency, President and Members of the Constitutional Court and other federal officials used to take an oath to the effect that they would foster the sovereignty, independence and integrity of the SFRY, abide by the Constitution of the Federation (Art. 397), so that they were not representatives of the republics/provinces under the Constitution.

80. It follows that there is no legal connection between an actual refusal to participate in the federal organs and the existence of these organs in the eyes of law. This is evidenced by the Yugoslav case. No federal organ has been dissolved or wound up on the grounds of wilful absence and individual resignations on the part of certain federal officials.

The Constitution of the SFRY of 27 April 1992, as well as the constitutional law and its implementation, were approved by the SFRY Assembly. By virtue of that law, all the supreme federal organs continued to act pending the election of new organs (Art. 2 of the Law). The SFRY Presidency acted until the election of the President of the Republic (15 June 1992) and the Federal Executive Council acted until the formation of a new federal government (14 July 1992).

Participation in the activities of federal organs and the duties of the elected representatives were construed with the intention of endowing the resulting decisions of the federation with objective legal personalities in terms of national and international law, in the general interest. The wilful abstention of federal officials elected in Bosnia and Herzegovina was seen

le président des Etats-Unis, la Chambre des représentants de ce même pays, ou encore les organes exécutifs et judiciaires de la quasi-totalité des Etats fédéraux) et seul le parlement fédéral est *bicaméral*, représentatif des éléments constitutifs de la fédération (par exemple le Sénat des Etats-Unis, du Canada ou du Brésil, le Bundesrat allemand, le Conseil national suisse, etc.).

On rappellera aussi que le choix constitutionnel qu'avait opéré à cet égard la République fédérative socialiste de Yougoslavie s'inscrivait dans le cadre de cette pratique généralement acceptée des Etats fédéraux. A l'exception du conseil des républiques et des provinces, tous les organes fédéraux de la Yougoslavie représentaient l'ensemble de la Fédération. Les délégués du conseil fédéral représentaient «les organismes autogérés et les communautés et organisations sociopolitiques» et *étaient élus* dans les républiques et les provinces (article 129 de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie). De plus, les membres et les fonctionnaires du conseil exécutif fédéral ne représentaient pas les républiques ni les provinces, et une disposition constitutionnelle expresse leur interdisait de recevoir des directives et des instructions de ces républiques ou provinces (art. 362). Le président et les membres de la présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, le président et les membres de la Cour constitutionnelle et les autres fonctionnaires fédéraux prêtaient serment, s'engageaient à promouvoir la souveraineté, l'indépendance et l'intégrité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, et juraient d'observer la Constitution de la Fédération (art. 397), ils n'étaient donc pas, selon la Constitution, des représentants des républiques ou des provinces.

80. Il s'ensuit qu'il n'y a aucun lien juridique entre le refus effectif de prendre part aux travaux des organes fédéraux et l'existence de ces mêmes organes aux yeux de la loi. Ce que montre bien le cas de la Yougoslavie. Aucun organe fédéral n'a été dissout ni aboli parce que quelques titulaires de charges fédérales s'en étaient délibérément absentés ou avaient démissionné à titre personnel.

La Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie du 27 avril 1992 et la loi constitutionnelle et ses règlements d'application ont été approuvés par l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. En vertu de cette loi, tous les organes fédéraux suprêmes restaient en activité en attendant l'élection des membres des nouveaux organes (art. 2). La présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie est restée en fonction jusqu'à l'élection du président de la République (15 juin 1992) et le conseil exécutif fédéral jusqu'à la formation du nouveau gouvernement fédéral (14 juillet 1992).

La participation aux travaux des organes fédéraux et le mandat des représentants élus répondaient à l'intention d'attribuer aux décisions que prenait la Fédération le bénéfice d'une personnalité juridique objective du point de vue du droit interne et du droit international, et ce dans l'intérêt général. L'abstention délibérée des titulaires élus de charges fédérales en

as constituting an abuse of the law[121]. The consequences of an abuse of law affect those who resort to it, in line with the general legal principle *nullus commodum capere de sua injuria propria et ex delicto non oritur actio.*

81. Bosnia and Herzegovina's reasoning has been tacitly based on an inverted liberalistic idea of consent as a fundamental of the legitimacy of a State. The original idea, that a legitimate government must stem from the consent of the governed, is interpreted in Bosnia and Herzegovina's approach as implying that stepping out of the State organs entails a loss of legitimacy of the government and constitutes the right to opt out of an existing State.

In fact,

> "actual consent is not necessary to political legitimacy . . . Separatists cannot base their arguments upon a right to opt out because no such right exists in democratic theory.
>
> Government by the consent of the governed does not necessarily encompass a right to opt out. It only requires that within the existing political unit a right to participate through electoral processes be available. Moreover, participatory rights do not entail a right to secede. On the contrary, they suggest that the appropriate solution for dissatisfied groups rests in their full inclusion in the polity, with full participation in its decision-making processes."[122]

82. Does the "Existence of the state impl[y] that the federal organs . . . yield effective power"?

The exercise of effective power is *per definitionem* the purpose of the existence of State organs irrespective of whether the State is unitary or federal. *In concreto*, the question is whether an evident crisis in the functioning of State organs of the Federation led to their ceasing to exist? To equate the constitutional crisis in SFRY and the non-existence of federal organs is legally unacceptable. The scope of the effectiveness, quantity and quality of State organs is a variable category, because it demonstrates an actual, political state of affairs. In principle, there are situations in which State organs do in fact cease from exercising power (e.g., cases of military occupation, civil war and, to a certain extent, various forms of constitutional crises), but do not cease to exist. State organs as

[121] The Constitutional Court of Yugoslavia stated in its Decision II U. No. 122/91 that the abstention of federal officials from work in federal organs represents "an unconstitutional change of the composition of the common federal state" (*Official Gazette of SFRY*, No. 89/91). That decision was approved by the Constitutional Court in its full composition and with the participation of both judges from Bosnia and Herzegovina.

[122] L. Brilmayer, "Secession and Self-determination: A Territorial Interpretation", *Yale Journal of International Law*, 1991, Vol. 16, pp. 184-185.

Bosnie-Herzégovine était considérée comme constituant un abus de droit[121]. Les conséquences d'un abus de droit affectent ceux qui le commettent, selon le principe général du droit *nullus commodum capere de sua injuria propria et ex delicto non oritur actio.*

81. L'argumentation de la Bosnie-Herzégovine se fonde implicitement sur une interprétation inverse et libérale du principe du consentement fondant la légitimité de l'Etat. L'idée d'origine, à savoir qu'un gouvernement légitime émane du consentement de ceux qu'il gouverne, est interprétée par la Bosnie-Herzégovine comme signifiant que le fait de quitter un organe d'Etat entraîne la perte de légitimité du gouvernement et représente l'expression du droit de faire sécession d'un Etat existant.

Alors qu'en fait:

> «le consentement effectif n'est pas indispensable à la légitimité politique ... Les séparatistes ne peuvent fonder leur argumentation sur un droit d'«option négative», parce que ce droit n'existe pas dans la théorie de la démocratie.
>
> Le principe du gouvernement fondé sur le consentement des gouvernés ne comprend pas nécessairement le droit de choisir la non-participation. Il exige seulement l'existence, dans le cadre de l'unité politique existante, du droit de participer par voie électorale. D'autre part, le droit de participation ne comprend pas le droit de sécession. Au contraire, il signifie que les groupes mécontents ne peuvent trouver de solution que dans leur intégration absolue dans l'unité politique, dans leur pleine participation à la prise de décision.»[122]

82. Peut-on dire que «l'existence de l'Etat suppose que les organes fédéraux ... détiennent le pouvoir effectif?»

L'exercice du pouvoir effectif est, par définition, la finalité de l'existence des organes d'Etat, que l'Etat soit une entité unitaire ou une structure fédérale. Reste à savoir, *in concreto*, si une crise manifeste dans le fonctionnement des organes d'Etat de la fédération a pour conséquence de les faire cesser d'exister. Dire que la crise constitutionnelle de la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pour équivalent la disparition des organes fédéraux est juridiquement inacceptable. L'efficacité, le nombre et la qualité des organes d'Etat sont autant de variables où s'exprime une situation politique réelle. Il y a en principe des situations dans lesquelles les organes d'Etat cessent effectivement d'exercer leur pouvoir — par exemple en cas d'occupation militaire, de guerre civile et,

---

[121] La Cour constitutionnelle de Yougoslavie a déclaré dans sa décision II U n° 122/91 que le fait pour les fonctionnaires fédéraux de ne pas participer aux travaux des organes fédéraux représentait «une modification non constitutionnelle de la composition des organes fédéraux communs de l'Etat» (*Journal officiel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie*, n° 89/91). Cette décision a été prise par la Cour constitutionnelle siégeant au complet, avec la participation des deux juges de Bosnie-Herzégovine.

[122] L. Brilmayer, «Secession and Self-determination: A Territorial Interpretation», *Yale Journal of International Law*, vol. 16, 1991, p. 184-185.

elements of State organization cease to exist when the State on whose behalf they are acting ceases to exist.

D. The Relationship between the Legality of the Birth of a State and Succession with Respect to International Treaties

83. Bosnia and Herzegovina claims that it is a "successor State" because:

(a) "succession of States" means the "replacement of one State by another in the responsibility for the international relations of territory", according to the very widely accepted definition given in both Vienna Conventions on Succession of States of 1978 and 1983; and

(b) "it is obvious that Bosnia and Herzegovina has replaced the former SFRY for the international relations of what was the Federal Republic of Bosnia and Herzegovina before the dissolution of former Yugoslavia" (Memorial, para. 4.2.1.26).

On the contrary, the position of Yugoslavia in the subject-matter is that "the so-called Republic of Bosnia and Herzegovina has not become a State party to that 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in accordance with the provisions of the Convention itself" (Submissions, B.1) because:

(a) "The Applicant State cannot enter into the international treaties of the predecessor State on the basis of succession because it flagrantly violated the principle of equal rights and self-determination of peoples" (Preliminary Objections, para. B.1.2.39);

(b) "As the Applicant State has violated the obligations deriving from the principle of equal rights and self-determination of peoples, the Vienna Convention on the Succession of States in Respect of Treaties could not apply to this case even if it had come into force" (*ibid.*, para. B.1.3.5); and

(c) "Notification of succession is a manner of entry into treaties of the predecessor State in cases where the new State has based its existence upon the principle of equal rights and self-determination of peoples. In this particular case, the Applicant State has based its existence on the violation of duties deriving from the principle of equal rights and self-determination of peoples, and thus cannot make use of the notification of succession as a method of entry into the international treaties of its predecessor State." (*Ibid.*, para. B.1.4.11.)

The essence of this objection by Yugoslavia is that because of its

dans une certaine mesure, de certaines crises constitutionnelles — sans pour autant cesser d'exister. Les organes d'Etat, en tant qu'éléments de l'appareil d'Etat, ne cessent d'exister que lorsque l'Etat au nom duquel ils agissent cesse lui-même d'exister.

D. Le rapport entre la légalité de la naissance d'un Etat et la succession d'Etats en matière de traités internationaux

83. La Bosnie-Herzégovine prétend être «Etat successeur»:

a) parce que «succession d'Etats» signifie «la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire» selon la définition très largement acceptée qu'en donnent les deux conventions de Vienne sur la succession d'Etats de 1978 et de 1983;

b) parce qu'«il est évident que la Bosnie-Herzégovine s'est substituée à l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie pour les relations internationales de ce qui constituait la République fédérative de Bosnie-Herzégovine avant la dissolution de l'ex-Yougoslavie» (mémoire, par. 4.2.1.26).

La position de la Yougoslavie sur ce point est au contraire que «la prétendue République de Bosnie-Herzégovine n'est pas devenue partie à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide conformément aux dispositions de la convention elle-même» (conclusions, B.1):

a) parce que «l'Etat demandeur ne peut pas adhérer par succession aux traités internationaux auxquels l'Etat prédécesseur était partie car il a violé de façon flagrante le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes» (exceptions préliminaires, par. B.1.2.39);

b) parce que, «[é]tant donné que l'Etat demandeur a violé les obligations découlant du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités ne pourrait pas s'appliquer en l'espèce, même si elle était entrée en vigueur» (*ibid.*, par. B.1.3.5);

c) parce que «[l]a notification de succession est un moyen d'adhérer aux traités conclus par l'Etat prédécesseur lorsque le nouvel Etat a fondé son existence sur le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes. Or, en l'espèce, l'Etat demandeur a fondé son existence sur la violation des droits découlant de ce principe: par conséquent, il ne saurait recourir à la notification de succession comme moyen d'adhésion aux traités internationaux de son prédécesseur.» (*Ibid,* par. B.1.4.11.)

Essentiellement, cette exception de la Yougoslavie repose sur l'idée que la

"flagrant violation of the principle of equal rights and self-determination of peoples", Bosnia and Herzegovina was not a successor State and hence could not have acquired the capacity of State party to the 1948 Convention on Genocide on the grounds of succession.

To make a valid conclusion on the merits of the objection, it is necessary to answer the question of whether there is a connection between succession of States and legality of territorial changes.

84. The answer to this question implies a precise definition of the concept of succession. The term "succession" is used in a broad, imprecise meaning.

> "Succession of States means both the territorial change itself — in other words, the fact that within a given territory one State replaces another — and the succession of one of those States to the rights and obligations of the other, i.e., the State whose territory has passed to the successor States."[123]

It can be seen that the term "succession" means two things: *(a)* territorial change itself; and *(b)* transmission of rights and obligations from predecessor State to successor State(s).

The distinction between succession taken in terms of territorial change (*de facto* succession) and succession as transmission of derived rights and obligations from predecessor State to successor State(s) (*de jure* succession) is drawn also by the Convention on Succession of States in respect of Treaties, referred to by Bosnia and Herzegovina in order to prove its status of "Successor State". This Convention in its Article 2 *(b)* (Use of Terms) defines "succession of States" as "the replacement of one State by another in the responsibility for the international relations of the territory". At the same time, Article 6 (Cases of Succession of States Covered by the Present Convention) specifies that the Convention "applies only to the effects of a succession of States occurring in conformity with the international law and, in particular, the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations". Relations between Article 2 *(b)* and Article 6 of the Convention are precisely defined in the Comment to Article 2 of the Draft Articles on Succession of States in respect of Treaties on the basis of which Article 2 of the Convention on Succession of States in respect of Treaties was adopted. This Comment, *inter alia*, says:

> "the term ['succession'] is used as referring exclusively to *the fact of replacement* of one State by another in the responsibility for inter-

[123] H. Kelsen, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Vol. 42, p. 314. Thus O'Connell, *The Law of State Succession*, 1956, pp. 3, 6; K. Zemanek, "Die Wiener Konvention über die Staatennachfolge in Veträge", *Festschrift für Alfred Verdross*, 1980, p. 719; M. Jones, "State Succession in Matter of Treaties", *British Year Book of International Law*, 1947, Vol. 24, pp. 360-361.

Bosnie-Herzégovine, puisqu'elle a «violé de façon flagrante le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes» n'est pas Etat successeur et ne peut donc avoir acquis par succession la qualité d'Etat partie à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide.

Pour se prononcer valablement sur cette exception, il faut d'abord répondre à la question de savoir s'il y a un lien entre succession d'Etats et légalité des changements territoriaux.

84. Répondre à cette question suppose l'existence d'une définition précise de ce qu'est la succession. Or, le terme est utilisé dans un sens large et imprécis.

> «Succession d'Etats désigne à la fois le changement territorial lui-même — en d'autres termes le fait qu'un Etat en remplace un autre sur un territoire donné — et l'acquisition par succession par l'un de ces Etats des droits et obligations de l'autre, c'est-à-dire de l'Etat dont le territoire est passé aux Etats successeurs.»[123]

On voit que le terme «succession» désigne deux choses: *a)* le changement territorial lui-même; *b)* la dévolution des droits et des obligations de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur ou aux Etats successeurs.

Cette distinction entre la succession comprise sous l'angle du changement territorial (succession *de facto*) et la succession par transmission des droits et des obligations de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur ou aux Etats successeurs (succession *de jure*) se retrouve également dans la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, à laquelle la Bosnie-Herzégovine se réfère pour établir sa qualité d'«Etat successeur». En son article 2 («Expressions employées»), alinéa *b)*, cette convention définit la «succession d'Etats» comme «la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire». L'article 6 («Cas de succession d'Etats visés par la présente convention») précise que cet instrument «s'applique uniquement aux effets d'une succession d'Etats se produisant conformément au droit international, et plus particulièrement aux principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies». Les rapports entre l'alinéa *b)* de l'article 2 et l'article 6 sont précisément définis dans le commentaire de l'article 2 du projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités, sur la base duquel a été adopté l'article 2 de la convention. On peut lire notamment dans ce commentaire:

> «l'expression [«succession»] est employée pour désigner uniquement le fait de la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité

[123] H. Kelsen, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, vol. 42, p. 314; O'Connell, *The Law of State Succession*, 1956, p. 3 et 6; K. Zemanek, «Die Wiener Konvention über die Staatennachfolge in Veträge», *Festschrift für Alfred Verdross*, 1980, p. 719; M. Jones, «State Succession in Matter of Treaties», *British Year Book of International Law*, vol. 24, 1947, p. 360-361.

national relations of territory leaving aside any connotation of inheritance of rights or obligations on the occurrence of that event"[124].

Such a definition of succession corresponds to the basic concept of "succession of States" which emerged from the study of the topic by the International Law Commission. More particularly:

> "The approach to succession adopted by the Commission after its study of the topic of succession in respect of *treaties* is based upon drawing a clear distinction between, on the one hand, the fact of replacement of one State by another in the responsibility for the international relations of a territory and, on the other, the transmission of treaty rights and obligations from the predecessor to the successor State . . .
>
> In order to make clear the distinction between the fact of replacement of one State by another and the transmission of rights and obligations, the Commission inserted in article 2 a provision defining the meaning of the expression 'succession of States' for the purpose of the draft. Under this provision the expression 'succession of States' is used throughout the articles to denote simply a change in the responsibility for the international relations of a territory, thus leaving aside from the definition all questions of the rights and obligations as a legal incident of that change."[125]

This distinction was necessary as

> "the difficulty stemmed from the fact that the expression 'succession' was not qualified in the definitions of it given in art. 2 (1, *b*). From that paragraph it might be deduced that the convention was also intended to apply to unlawful successions"[126].

Because of that,

> "art. 6 was the most important saving clause of the draft articles, since it safeguarded the legality of all provisions of the future conventions by limiting their application to the effects of lawful succession . . . the provisions of the future convention would not apply to

[124] Draft Articles on Succession of States in respect of Treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, 1972, Vol. II, p. 231, para. 3; identical interpretation was quoted *in extenso* in the comment to Article 2 of the Draft Articles on Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts, *ibid.*, Vol. II, Part Two, p. 21.

[125] *Yearbook of the International Law Commission*, 1972, Vol. II, p. 226, paras. 29-30.
[126] Sette-Camara, *UNCSS*, First Session, p. 53, para. 11.

des relations internationales du territoire, abstraction faite de toute idée de succession des droits et obligations à l'occasion de cet événement»[124].

Cette définition de la succession correspond à la notion fondamentale de «succession d'Etats» telle qu'elle se dégage de l'étude du sujet à laquelle a procédé la Commission du droit international. Plus particulièrement:

> «La manière dont la Commission a envisagé la notion de succession après avoir étudié la question de la succession en matière de *traités* repose sur l'établissement d'une distinction nette entre, d'une part, le fait de la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire et, d'autre part, la transmission de droits et obligations conventionnels de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur ...
>
> Pour préciser la différence entre le fait de la substitution d'un Etat à un autre et la transmission de droits et obligations, la Commission a introduit dans l'article 2 une disposition définissant le sens de l'expression «succession d'Etats» aux fins du projet. Conformément à cette disposition, l'expression «succession d'Etats» est employée dans tout le projet d'articles pour indiquer simplement un changement dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire, ce qui exclut de la définition toutes les questions relatives aux droits et obligations en tant que conséquences juridiques accessoires de ce changement.»[125]

Cette distinction s'imposait car

> «la difficulté tient au fait que l'expression «succession d'Etats» n'est pas qualifiée dans la définition qui en est donnée au paragraphe 1 *b)* de l'article 2. On pourrait en déduire que la convention est aussi destinée à s'appliquer à des successions illicites.»[126]

C'est pourquoi

> «l'article 6 est la clause de sauvegarde la plus importante du projet d'articles car il préserve la légalité de toutes les dispositions de la future convention en limitant leur application aux effets d'une succession légale ... les dispositions de la future convention ne s'appli-

[124] Projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II, p. 249, par. 3. On trouve exactement la même interprétation dans le commentaire relatif à l'article 2 du projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etats (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1981, vol. II, deuxième partie, p. 20-21).

[125] *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II, p. 244, par. 29-30.

[126] Sette-Camara, *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, première session*, p. 49, par. 11.

> unlawful transfers which were contrary to the will of people and to the principle of self-determination"[127].

Therefore, "succession of States" in terms of "replacement of one State by another in the responsibility for the international relations of territory" "does not mean *ipso facto* a juridical substitution of the acquiring State in the complex rights and duties possessed by the previous sovereign"[128] or, in the present case, entry into the international treaties of SFRY as a predecessor State. The condition thereto is that the "replacement of one State by another" occurred "in conformity with international law, in particular, with the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations".

85. A provision concerning territorial changes to be effected "in conformity with international law and, in particular, with the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations" has a declarative impact. So,

> "even if the article did not appear in the convention, that instrument would apply only to lawful succession from the point of view of the principles of international law especially those embodied in the UN Charter, which was the keystone of all international conventions"[129].

The principle underlying the provision of Article 6 of the Convention on Succession of States in respect of Treaties is a self-evident principle, axiomatic to any legal order *stricto sensu*. It is *ratione materiae* a narrowed projection of the general concept of lawfulness of acts, an application of the concept of lawfulness to the questions of succession. In view of the material significance of lawfulness for the very existence of a *de jure* order, the rule making provisions of any codification applicable only to the facts occurring and situations established in conformity with international law is a general presumption, a self-explanatory matter[130]. The reason for a universal provision of legality led the Commission separately to specify the rule limiting the application of the provisions of the Convention to the cases of lawful succession:

> "Other members, however, were of the opinion that in regard, particularly, to transfers of territory it was desirable to underline

---

[127] Tabibi, *UNCSS*, First Session, p. 54, para. 20.

[128] O'Connell, *op. cit.*, p. 3.

[129] Ushakov, *UNCSS*, First Session, pp. 54-55, para. 24.

[130] "to admit that, apart from well-defined exceptions, an unlawful act, or its immediate consequences, may become *suo vigore* a source of legal right for the wrongdoer, is to introduce into a legal system a contradiction which cannot be solved except by denial of its legal character. International law does not and cannot form an exception to that imperative alternative." (H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 1947, p. 421.)

queraient pas aux transferts illicites contraires à la volonté de la population du territoire et au principe de l'autodétermination»[127].

Ainsi donc, la «succession d'Etats», «substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire» ne signifie pas «qu'il y a *ipso facto* acte juridique substitutif de la part de l'Etat acquéreur à l'égard de l'ensemble des droits et des devoirs du souverain précédent»[128] ni, comme en l'espèce, qu'il y a adhésion aux traités internationaux de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, Etat prédécesseur. Il faudrait pour cela que la «substitution d'un Etat à un autre» se soit produite «conformément au droit international, et plus particulièrement, aux principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies».

85. Une clause disposant qu'un changement territorial doit s'effectuer «conformément au droit international, et plus particulièrement aux principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies», est d'ordre déclaratif. Ainsi,

> «si l'article ... ne figurait pas dans la convention, il serait impossible d'en conclure que la convention peut s'appliquer à des successions légitimes, du point de vue des principes du droit international, et notamment de la Charte des Nations Unies, qui est la clef de voûte de toute convention internationale»[129].

Le principe sur lequel s'appuie l'article 6 de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités coule de source, c'est un axiome dans tout ordre juridique *stricto sensu*. C'est la projection focalisée *ratione materiae* de la notion générale de la licéité des actes, l'application de cette notion de licéité dans le domaine de la succession. Etant donné l'importance fondamentale de la notion de licéité pour l'existence même de l'Etat de droit, la règle qui veut que les dispositions d'un instrument de codification ne s'appliquent qu'aux faits et aux situations qui sont conformes au droit international est une présomption d'ordre général, qui se passe de commentaire[130]. La nécessité rationnelle de l'impératif universel de licéité a conduit la Commission à prévoir une règle distincte pour limiter l'application des dispositions de la convention aux successions licites:

> «D'autres membres, en revanche, ont été d'avis de souligner, en ce qui concerne plus particulièrement les transferts de territoires, que

[127] Tabibi, *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, première session*, p. 50, par. 20.

[128] O'Connell, *op. cit.*, p. 3.

[129] Ushakov, *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, première session*, p. 51, par. 24.

[130] «Admettre qu'hormis certaines exceptions bien déterminées, un acte illicite ou ses conséquences immédiates puissent devenir *suo vigore* une source de droit pour l'auteur, c'est introduire dans un système juridique une contradiction qui ne peut être résolue, sinon en niant son caractère juridique. Le droit international n'offre et ne peut offrir aucune exception à cette alternative impérieuse.» (H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 1947, p. 421.)

> that only transfers occurring in conformity with international law should fall within the concept of 'succession of States' for the purpose of the present articles. Since, to specify the element of conformity with the international law with reference to one category of succession of States might give rise to misunderstandings as to the position regarding that element on other categories of succession of States, the Commission decided to include amongst the general articles a provision safeguarding the question of lawfulness of the succession of States dealt with in the present articles. Accordingly, article 6 provides that the present articles relate only to the effects of a succession of States occurring in conformity with international law."[131]

86. Notification of succession is only a technical means by which the successor State expresses its consent to be considered bound by the treaty whose original party is the predecessor State. Hence, to make a notification of succession produce its intended legal effects, the actual succession must have been lawful. The criterion of lawfulness of the succession is "international law and, in particular, the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations".

In the present case, and with regard to the position of Bosnia and Herzegovina, of special importance are the principles of territorial integrity and political unity, and of equal rights and self-determination of peoples.

The specific relevance of those principles for the matter of succession is a logical consequence of the nature of changes activating the institution of succession and the role of equal rights and self-determination of peoples in constituting new States. Hence, these principles of the United Nations Charter have been particularly accentuated. The Special Rapporteur, Mr. Mohammed Bedjaoui, stated in his proposal concerning lawfulness of succession that,

> "The conditions for succession of States shall include respect for general international law and the provisions of the United Nations Charter concerning the territorial integrity of States and the right of peoples to self-determination."[132]

The Preamble to the Convention on Succession of States in respect of Treaties "recall[s] that respect for the territorial integrity and political independence of any State is required by the Charter of the United

---

[131] *UNCSS*, First Session, p. 236, para. 1.

[132] Fifth Report on succession in respect of matters other than treaties, doc. A/CN.4/259, *Yearbook of the International Law Commission*, 1972, Vol. II, p. 66, para. 28.

seuls les transferts se produisant conformément au droit international relèveraient de la notion de «succession d'Etats» aux fins des présents articles. Comme le fait de mentionner expressément cet élément de conformité avec le droit international à propos d'une catégorie de cas de succession d'Etats aurait risqué de donner lieu à des malentendus quant à la position prise à l'égard dudit élément pour d'autres catégories de cas de succession d'Etats, la Commission a décidé de faire figurer parmi les articles généraux une disposition sauvegardant la question de la licéité de la succession d'Etats visée dans le projet d'articles. En conséquence, l'article 6 dispose que les articles s'appliquent uniquement aux effets d'une succession d'Etats se produisant conformément au droit international.»[131]

86. La notification de succession n'est que le moyen technique par lequel l'Etat successeur se déclare disposé à être considéré comme tenu par le traité auquel l'Etat prédécesseur était initialement partie. Ainsi, pour qu'une notification de succession produise les effets juridiques voulus, il faut que la succession elle-même ait été licite. Ce critère de la licéité de la succession fait partie du «droit international, et plus particulièrement [des] principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies».

En l'espèce, et spécialement du point de vue de la Bosnie-Herzégovine, le principe de l'intégrité territoriale et de l'unité politique et celui de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes sont d'une importance particulière.

La pertinence particulière de ces principes sous l'angle de la succession découle logiquement de la nature des changements qui ont mis en branle le mécanisme de la succession, et du rôle de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes dans l'édification des nouveaux Etats. C'est pourquoi ces principes, qui figurent dans la Charte des Nations Unies, ont été soulignés avec tant de relief. Le rapporteur spécial, M. Mohammed Bedjaoui, déclarait ce qui suit dans la proposition qu'il a présentée à propos de la licéité des successions:

> «Parmi les conditions de la succession d'Etats doivent figurer le respect du droit international général et des dispositions de la Charte des Nations Unies sur l'intégrité territoriale des Etats et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.»[132]

Le préambule de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités «rappel[le] que le respect de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de tout Etat est exigé par la Charte des Nations Unies».

---

[131] *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, première session*, p. 255, par. 2.

[132] Cinquième rapport sur la succession d'Etats dans des matières autres que les traités, doc. A/CN.4/259, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II, p. 72, par. 28.

Nations". That wording confirms that the existence of territorial integrity and political independence derive from the United Nations Charter and, hence, binds the States irrespective of the Convention.

87. The proclamation of Bosnia and Herzegovina as a "sovereign and independent state" constitutes, in my view, a substantial breach of the cogent norm on equal rights and self-determination of peoples in both the formal and material sense.

A substantial breach in the formal sense is reflected in the following:

(a) the procedure of proclamation of Bosnia and Herzegovina was conducted in an unconstitutional way, contrary to the relevant provisions of its own Constitution and that of the SFRY;

(b) self-determination in the subject case was *de facto* conceived as a right of a territory within a sovereign, independent State, rather than as a right of peoples.

The breach of the norm on equal rights and self-determination of peoples in a material sense is reflected in the following:

(a) the proclamation of independence of a federal unit of Bosnia and Herzegovina, in violation of relevant provisions of the internal law of the SFRY and of Bosnia and Herzegovina, endangered the territorial integrity and political unity of SFRY, in contravention of the provision of paragraph 7 of the Declaration on Principles;

(b) the proclamation of the independence of Bosnia and Herzegovina within its administrative borders was not based on the equal rights and self-determination of all three peoples of Bosnia and Herzegovina.

Therefore, the proclamation of the independence of Bosnia and Herzegovina was not in conformity with the relevant principles of equal rights and self-determination of peoples, and territorial integrity and political unity and, as such, has no merit for lawful succession in terms of the succession of Bosnia and Herzegovina with respect to the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

88. By its nature, the proclamation of Bosnia and Herzegovina's independence was an act of secession. Bosnia and Herzegovina does not contest that assertion of Yugoslavia. It is taken from paragraph 3.22 of the Statement of Bosnia and Herzegovina which reads:

> "whether or not Bosnia, at the time of its secession, had a *right* to self-determination is irrelevant because: (1) it is now a recognized, sovereign State, and (2) even if, *arguendo*, it were supposed that it had no *right* to self-determination in international law, international law certainly did not *prohibit* its achieving the status of an independent State at the occasion of the disintegration of the Former

Cette formule confirme que l'intégrité territoriale et l'indépendance politique doivent leur existence à la Charte des Nations Unies et qu'elles s'imposent donc aux Etats indépendamment de la convention.

87. La proclamation de la Bosnie-Herzégovine comme «Etat souverain et indépendant» est à mes yeux une violation fondamentale du principe impératif de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, tant sur le plan de la forme que sur celui du contenu.

Sur le plan de la forme, les circonstances suivantes attestent une violation fondamentale:

a) la proclamation de la Bosnie-Herzégovine s'est faite de manière non constitutionnelle, contrairement aux dispositions applicables de la Constitution de Bosnie-Herzégovine et de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie;

b) le droit de disposer de soi-même a été *de facto* considéré en l'espèce non pas comme un droit appartenant aux peuples, mais comme le droit d'un territoire appartenant à un Etat souverain et indépendant.

Sur le plan du fond, les circonstances suivantes attestent une violation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes:

a) la proclamation de l'indépendance de l'entité fédérale qu'était la Bosnie-Herzégovine, violant le droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et de la Bosnie-Herzégovine, menaçait l'intégrité territoriale et l'unité politique de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, contrevenait au paragraphe 7 de la déclaration relative aux principes du droit international...;

b) la proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine dans ses frontières administratives n'était pas fondée sur l'égalité de droits et le droit à disposer d'eux-mêmes des trois peuples de Bosnie-Herzégovine.

La proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine n'était donc pas conforme aux principes de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, de l'intégrité territoriale et de l'unité politique des Etats et, de ce fait même, ne peut fonder une succession légitime s'agissant de la succession de la Bosnie-Herzégovine à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

88. Essentiellement, la proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine était un acte de sécession. La Bosnie-Herzégovine ne conteste pas cette affirmation de la Yougoslavie, tirée de l'exposé de la Bosnie-Herzégovine elle-même, qui se lit ainsi:

> «Que la Bosnie, au moment de sa sécession, ait possédé ou non un *droit* à l'autodétermination est dénué de pertinence car: 1) elle est maintenant un Etat souverain reconnu, et 2) même si, *pour les besoins du raisonnement*, l'on supposait qu'elle ne possédait pas de *droit* à l'autodétermination au regard du droit international, ce dernier, certainement, *n'interdisait* pas qu'elle parvienne au statut d'Etat

> Socialist Federal Republic of Yugoslavia." (Statement of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina on Preliminary Objections, p. 60.)

89. Secession is, *per definitionem*, "the creation of a State by the use or threat of force and without the consent of the former sovereign"[133]. Therefore it is understandable that the

> "United Nations Charter does not recognize the term or concept of 'secession', for this concept is profoundly at odds with the spirit and normative principles of the Charter. The Charter raises respect for territorial integrity to the rank of a constitutional norm, a norm of *jus cogens*. On January 1, 1970, the UN Secretary-General made the following statement:
>
> > 'So, as far as the question of secession of a particular section of a Member State is concerned, the United Nations' attitude is unequivocal. As an international organization, the United Nations has never accepted and does not accept, and I do not believe it will ever accept, the principle of secession of a part of a Member State.'"[134]

The Security Council has characterized secession as illegal. In its resolution 169 (1961) on the Congo, the Security Council, *inter alia*,

> "*strongly deprecate[d]* the secessionist activities illegally carried out by the provincial administration of Katanga with the aid of external resources and manned by foreign mercenaries . . . and
>
> *Declare[d]*,
>
> . . . . . .
>
> *(d)* that all secessionist activities against the Republic of Congo are contrary to the *Loi fondamentale*".

The implicit characterization of secession as an illegal act under international law can be found in paragraph 7 of the "Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations among States" which stipulates, *inter alia*, that the right to self-determination shall not be construed as

> "authorizing or encouraging any action which could dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States".

On the regional, European level, such a characterization of secession is contained in the Declaration on Principles Guiding Relations between

---

[133] J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 1979, p. 247.
[134] United Nations, *Monthly Chronicle*, Vol. 7, p. 36 (February 1970).

indépendant à l'occasion de la désintégration de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie.» (Exposé du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine sur les exceptions préliminaires, p. 60.)

89. *Per definitionem,* la sécession est «la création d'un Etat par l'emploi ou la menace de l'emploi de la force et sans le consentement de l'ancien souverain»[133]. On comprend donc que

> «la Charte des Nations Unies ne fasse place ni au terme ni à la notion de «sécession», car l'idée est profondément étrangère à son esprit et à ses principes normatifs. Elle érige le respect de l'intégrité territoriale en norme constitutionnelle, en règle de *jus cogens.* Le 1er janvier 1970, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a fait la déclaration suivante:
>
> > «Ainsi, il ne saurait y avoir d'équivoque possible en ce qui concerne l'attitude de l'Organisation quand il s'agit de la sécession d'une région donnée d'un Etat Membre. En sa qualité d'organisation internationale, l'ONU n'a jamais accepté, n'accepte pas et n'acceptera jamais, je pense, le principe de la sécession d'une partie d'un de ses Etats Membres.»[134]

Le Conseil de sécurité a qualifié d'illégale la sécession. Dans sa résolution 169 (1961) relative au Congo, il a notamment:

> «*Réprouv[é] énergiquement* les activités sécessionnistes illégalement menées par l'administration provinciale du Katanga avec l'appui de ressources de l'extérieur et secondées par des mercenaires étrangers ... et
>
> *Déclar[é],*
>
> . . . . . .
>
> *d)* que toutes les activités sécessionnistes dirigées contre la République du Congo [étaient] contraires à la loi fondamentale.»

La qualification d'illégalité que le droit international impose implicitement à la sécession se retrouve à l'alinéa 7 du paragraphe 5 de la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, où il est dit notamment que le droit à disposer de soi-même ne peut être compris comme

> «autorisant ni encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant».

Au niveau régional, celui de l'Europe, on retrouve cette qualification de la sécession dans la déclaration sur les principes régissant les relations

[133] J. Crawford, *The Creation of States in International Law,* 1979, p. 247.
[134] ONU, *Chronique mensuelle,* vol. VII, janvier-décembre 1970.

Participating States contained in the Conference on Security and Co-operation in Europe (CSCE) Final Act adopted on 1 August 1975 at Helsinki:

> "[t]he participating States regard as inviolable all one another's frontiers as well as the frontiers of all States in Europe and therefore they will refrain now and in future from assaulting these frontiers".

On the other hand, an explicit condemnation of secession can be found in the general principles of law recognized by civilized nations as a formal source of international law pursuant to Article 38 *(c)* of the Statute of the International Court of Justice. Secession is deemed to be a most serious crime by the national legislations of civilized nations. More particularly, an inside assault on the territorial integrity of a country or an attempted assault, including preparatory actions, are categorized as one of the gravest of crimes in virtually all the criminal codes of civilized nations.

90. The admission of Bosnia and Herzegovina to the United Nations cannot convalidate substantial legal defects in its establishment as an independent State, especially because of the need to draw a sharp distinction between

> "secession in pursuance of, and in violation of, self-determination. Where the territory in question is a self-determination unit it may be presumed that any secessionary government possesses the general support of the people: secession in such a case, where self-determination is forcibly denied, will be presumed to be in furtherance of, or at least not inconsistent with, the application of self-determination to the territory in question."[135]

There is not much doubt that the admission of Bosnia and Herzegovina to the United Nations has given general, political support to Bosnia and Herzegovina. However that political support does not, and could not, be interpreted as a subsequent convalidation of illegality of Bosnia and Herzegovina's birth. Even if the General Assembly had such an intention in mind when admitting Bosnia and Herzegovina to the membership of the United Nations, such an outcome was legally impossible, since such an act implied a derogation from the self-determination of peoples which has the character of *jus cogens*. Norms of *jus cogens* do not tolerate derogation, so any concurrent régime or situation, whether it be established by way of a bilateral or unilateral act, cannot acquire legal force due to the peremptoriness of *jus cogens* — more specifically, this act or acts remains in the sphere of simple facts. One could say that this is a classic example of application of the general principle of law expressed in

[135] J. Crawford, *op. cit.*, p. 258; see also, separate opinion of Judge Ammoun, *Western Sahara, I.C.J. Reports 1975*, pp. 99-100.

mutuelles entre des Etats participants, qui figure dans l'acte final de la conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, adopté le 1er août 1975 à Helsinki :

> «Les Etats participants tiennent mutuellement pour inviolables toutes leurs frontières respectives ainsi que celles de tous les Etats d'Europe et s'abstiennent donc maintenant et à l'avenir de tout attentat contre ces frontières.»

On trouve aussi une condamnation explicite de la sécession dans les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées en tant que source de droit international selon le paragraphe 1 *c)* de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La sécession est tenue pour un crime des plus graves par le droit national des nations civilisées. L'attaque lancée de l'intérieur contre l'intégrité territoriale d'un pays et la tentative d'attaque ou la préparation d'une attaque sont plus particulièrement qualifiées de crimes d'une extrême gravité dans la quasi-totalité des codes pénaux des nations civilisées.

90. L'admission de la Bosnie-Herzégovine au sein des Nations Unies ne peut remédier au défaut juridique de fond qui entache sa constitution en Etat indépendant, car il faut bien faire la distinction entre:

> «la sécession dans l'exercice de l'autodétermination et la sécession en violation de l'autodétermination. Quand le territoire en cause est une entité dotée du droit à disposer d'elle-même, on peut présumer que tout gouvernement sécessionniste jouit de l'appui général du peuple: en tel cas, la sécession, si l'exercice du droit à disposer de soi-même est interdit par la force, est réputée se faire en application du droit du territoire à disposer de lui-même, ou, à tout le moins, sans en contredire le principe.»[135]

Il serait difficile de nier que son admission à l'Organisation des Nations Unies a donné à la Bosnie-Herzégovine un appui politique général. Pourtant, les appuis politiques que cela lui a valus de manière générale ne peuvent ni ne doivent être interprétés comme une validation à posteriori de sa naissance illégale. Même si telle était l'intention de l'Assemblée générale lorsqu'elle a accueilli la Bosnie-Herzégovine comme membre de l'Organisation des Nations Unies, cette légitimation serait juridiquement impossible puisqu'elle serait une dérogation à cette norme de *jus cogens* qu'est le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Or, les normes du *jus cogens* ne souffrent d'aucune exception, et tout régime ou toute situation qui seraient en concurrence avec lui, qu'ils trouvent leur origine dans un acte bilatéral ou dans un acte unilatéral, ne peuvent devenir le droit à cause du caractère impératif du *jus cogens*: pour être plus précis, cet acte resterait dans le domaine du simple fait. On peut dire qu'il y a là un

[135] J. Crawford, *op. cit.*, p. 258; voir également l'opinion individuelle de M. Ammoun dans l'affaire du *Sahara occidental, C.I.J. Recueil 1975*, p. 99-100.

the maxim *quidquid ab initio vitiosus est, non potest tractu temporis convalescere.*

In my opinion, therefore, the meaning of the admission of Bosnia and Herzegovina to the United Nations is confined to the recognition of Bosnia and Herzegovina as a fact, and has no impact on the legality of its birth. Such a conclusion corresponds to the fact that

> "[r]ecognition by the UN means that a State (or its government) will be invited to important international conferences, allowed to accede to numerous international treaties and to become a Member of several international organizations and to send observers to others"[136].

91. By rejecting Yugoslavia's third preliminary objection, the Court has responded to one side of the question of its jurisdiction *ratione personae*. The other side of the question relates to the status of Yugoslavia as a party to the Genocide Convention. I am in agreement with the Court's finding that Yugoslavia is a party to the Genocide Convention but I disagree with the Court's reasoning leading to that finding.

With regard to Yugoslavia's status as a party to the Genocide Convention, the Court states that:

> "it has not been contested that Yugoslavia was party to the Genocide Convention [and] . . . was bound by the provisions of the Convention on the date of the filing of the Application in the present case . . ." (para. 17 of the Judgment).

The Court bases this conclusion on the following:

(a) "that it has not been contested that Yugoslavia was party to the Genocide Convention", and

(b) that

> "[a]t the time of the proclamation of the Federal Republic of Yugoslavia, on 27 April 1992, a formal declaration was adopted on its behalf to the effect that:
>
> 'The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the State, international legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia assumed internationally.'
>
> This intention thus expressed by Yugoslavia to remain bound by the international treaties to which the former Yugoslavia was party was confirmed in an official Note of 27 April 1992 from the Permanent Mission of Yugoslavia to the United Nations, addressed to the Secretary-General." (Para. 17 of the Judgment.)

[136] H. G. Schermers, *International Constitutional Law*, 1980, p. 929.

exemple classique d'application du principe général de droit qu'exprime la maxime *quidquid ab initio vitiosus est, non potest tractu temporis convalescere.*

A mon avis donc, il faut voir dans l'admission de la Bosnie-Herzégovine à l'Organisation des Nations Unies un simple fait, sans rapport avec la licéité de la naissance de la Bosnie-Herzégovine. Cette conclusion correspond au fait que

> «la reconnaissance par les Nations Unies signifie qu'un Etat (ou son gouvernement) sera invité aux grandes conférences internationales, autorisé à adhérer à de nombreux traités internationaux, à devenir membre de plusieurs institutions internationales et à envoyer des observateurs aux autres»[136].

91. En rejetant la troisième exception préliminaire de la Yougoslavie, la Cour a réglé un aspect du problème de sa compétence *ratione personae*. L'autre aspect de ce problème est celui du statut de la Yougoslavie en tant que partie à la convention sur le génocide. Je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle la Yougoslavie est partie à cette convention, mais je ne peux souscrire à l'argumentation qui l'a menée à conclure ainsi.

A propos de la qualité de partie à la convention de la Yougoslavie, la Cour déclare ce qui suit:

> «il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide [et qu'elle] ... était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête en la présente affaire...» (arrêt, par. 17).

La Cour fonde cette conclusion sur les considérations suivantes:

a) «il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide»;

b) «[l]ors de la proclamation de la République fédérative de Yougoslavie, le 27 avril 1992, une déclaration formelle a été adoptée en son nom, aux termes de laquelle:

> «La République fédérative de Yougoslavie, assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international.»

L'intention ainsi exprimée par la Yougoslavie de demeurer liée par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie a été confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies.» (Arrêt, par. 17.)

[136] H. G. Schermers, *International Constitutional Law*, 1980, p. 929.

I agree with the Court that Yugoslavia is a party to the Genocide Convention but its reasoning regarding the effect of the formal declaration issued on 27 April 1992 does not appear to be tenable.

92. A logical meaning of the pronouncement that "it has not been contested that Yugoslavia was party to the Genocide Convention" is that Yugoslavia is a party to the Genocide Convention because its status as a party has not been contested.

It is true that the proceedings on preliminary objections are substantially based on the initiative of the parties. However, that does not mean that the parties have the right to determine the jurisdiction of the Court.

By a decision on preliminary objections, the Court might be said to achieve two mutually connected and interdependent objectives:

(a) the direct objective is that the Court decides on the objection in the form of a judgment "by which it shall either uphold the objection, reject it, or declare that the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character" (Art. 79 (7) of the Rules of Court);

(b) the indirect objective is to ascertain or confirm its jurisdiction. In the light of this objective, preliminary objections raised by a party are only a tool, a procedurally designed instrument for the establishment of the jurisdiction of the Court, *suo nomine et suo vigore*, for according to its Statute it is under an obligation to do so — not *proprio motu* but *ex officio*. For,

> "[t]he Court is the guardian of its Statute. It is not within its power to abandon . . . a function which by virtue of an express provision of the Statute is an essential safeguard of its compulsory jurisdiction. This is so in particular in view of the fact that the principle enshrined in Article 36 (6) of the Statute is declaratory of one of the most firmly established principles of international arbitral and judicial practice. *That principle is that, in the matter of its jurisdiction, an international tribunal, and not the interested party, has the power of decision whether the dispute before it is covered by the instrument creating its jurisdiction.*"[137]

93. The participants in the Joint Session of the SFRY Assembly, the National Assembly of the Republic of Serbia and the Assembly of the Republic of Montenegro have declared, *inter alia*, by a Declaration made on 27 April 1992:

> "The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the State, international, legal and political personality of the Socialist Federal

[137] *Interhandel, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, dissenting opinion of Sir Hersch Lauterpacht, p. 104 (emphasis added).

Je pense comme la Cour que la Yougoslavie est partie à la convention sur le génocide, mais l'argumentation de la Cour concernant les effets de la déclaration officielle publiée le 27 avril 1992 me semble impossible à soutenir.

92. Logiquement, dire qu'«il n'a pas été contesté que la Yougoslavie était partie à la convention sur le génocide», c'est dire que la Yougoslavie est partie à la convention sur le génocide parce que cette qualité ne lui a pas été contestée.

Il est vrai que la procédure relative aux exceptions préliminaires se fonde essentiellement sur l'initiative des parties. Cela ne signifie pas que les parties ont le droit de se prononcer sur la compétence de la Cour.

On peut dire que la Cour, lorsqu'elle statue sur des exceptions préliminaires, réalise deux objectifs liés entre eux et interdépendants:

a) l'objectif direct consistant à statuer sur une exception dans un arrêt «par lequel elle retient l'exception, la rejette ou déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire» (Règlement de la Cour, art. 79, par. 7);

b) l'objectif indirect consistant à vérifier ou confirmer sa compétence. Du point de vue de cet objectif, les exceptions préliminaires soulevées par une partie ne sont qu'un instrument, un moyen de procédure pour établir la compétence de la Cour, *suo nomine et suo vigore*, car selon son Statut celle-ci est tenue de le faire non pas *proprio motu* mais bien ex *officio*. Car,

> «La Cour est la gardienne de son Statut. Il n'est pas dans son pouvoir d'abandonner ... une fonction qui, en vertu d'une disposition expresse du Statut, est une garantie essentielle de sa juridiction obligatoire. Elle ne le peut eu égard, en particulier, au fait que le principe consacré par l'article 36, paragraphe 6, du Statut est l'affirmation d'un des principes les plus fermement établis de la pratique arbitrale et judiciaire internationale et qui est le suivant: en ce qui concerne sa compétence, le tribunal international, et non la partie intéressée, a le pouvoir de décider si le différend dont il est saisi est couvert par l'instrument qui établit sa compétence.»[137]

93. Les représentants qui ont participé à la session commune de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République de Monténégro ont affirmé dans leur déclaration du 27 avril 1992:

> «La République fédérative de Yougoslavie, assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de

[137] *Interhandel, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, opinion dissidente de sir Hersch Lauterpacht, p. 104 (les italiques sont de moi).

Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the SFR of Yugoslavia assumed internationally in the past.

At the same time, it shall be ready to fully respect the rights and interests of the Yugoslav Republics which declared independence. The recognition of the newly-formed States will follow after all the outstanding questions negotiated within the conference on Yugoslavia have been regulated.

Remaining bound by all obligations to international organizations and institutions whose member it is, the Federal Republic of Yugoslavia shall not obstruct the newly-formed States to join these organizations and institutions, particularly the United Nations and its specialized agencies.

The Diplomatic and Consular Missions of the Federal Republic of Yugoslavia shall continue without interruption to perform their functions of representing and protecting the interests of Yugoslavia.

They shall also extend consular protection to all nationals of the SFR Yugoslavia whenever they request them to do so until a final regulation of their nationality status.

The Federal Republic of Yugoslavia recognized, at the same time, the full continuity of the representation of foreign States by their diplomatic and consular mission in its territory.[138]

This declaration, *per se*, cannot be qualified as a basis for being bound by the Genocide Convention, at least on account of the two basic reasons, one being of a formal and the other of a material nature.

The formal reason resides in the nature of the declarations in the constitutional system of Yugoslavia. The declarations of the Assembly in the constitutional system of Yugoslavia have, since its foundation, represented general political acts of the representative body, which have as their subject the questions which are not subject to legal regulations or are not included within the competence of the representative body[139]. As political acts, they are not binding, so they do not contain legal sanctions for the case of non-observance.

The "Participants to the Joint Session of the SFRY Assembly, the National Assembly of the Republic of Serbia and the Assembly of the Republic of Montenegro, and the Federal Assembly itself" are not organs

[138] Constitution of the Federal Republic of Yugosavia, Belgrade, 1992, pp. 57-58.

[139] M. Snuderl, *Constitutional Law*, Ljubljana, 1957, Vol. II, p. 47; A. Fira, *Constitutional Law*, Belgrade, 1977, p. 381.

la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international dans le passé.

Simultanément, elle est disposée à respecter pleinement les droits et les intérêts des républiques yougoslaves qui ont déclaré leur indépendance. La reconnaissance des Etats nouvellement constitués interviendra une fois qu'auront été réglées les questions en suspens actuellement en cours de négociation dans le cadre de la conférence sur la Yougoslavie.

Restant liée par toutes ses obligations vis-à-vis des organisations et institutions internationales auxquelles elle appartient, la République fédérative de Yougoslavie ne fera rien pour empêcher les Etats nouvellement constitués d'adhérer à ces organisations et institutions, notamment à l'Organisation des Nations Unies et à ses institutions spécialisées.

Les missions diplomatiques et consulaires de la République fédérative de Yougoslavie à l'étranger continueront, sans interruption, a s'acquitter de leurs fonctions qui consistent à représenter et à protéger des intérêts de la Yougoslavie.

De plus, elles offriront une protection consulaire à tous les ressortissants de la République fédérative socialiste de Yougoslavie qui la solliciteront; en attendant que leur statut national soit définitivement arrêté.

La République fédérative de Yougoslavie reconnaît, simultanément, la pleine continuité de la représentation des Etats étrangers assurée par les missions diplomatiques et consulaires de ces Etats sur son territoire.»[138]

On ne peut retenir cette déclaration comme fondement pour être lié par la convention sur le génocide, pour deux raisons au moins, l'une de caractère formel et l'autre de caractère matériel.

La raison d'ordre formel est liée à la nature des déclarations dans l'appareil constitutionnel yougoslave. Depuis l'édification de celui-ci, les déclarations de l'Assemblée constituent les décisions de politique générale de l'organe représentatif, qui portent sur des problèmes qui échappent aux textes réglementaires ou à la compétence de l'organe représentatif[139]. Actes politiques, ces déclarations n'ont pas force obligatoire, et ne comportent d'ailleurs pas de sanction légale en cas de non-respect de leur contenu.

Les «représentants qui ont participé à la session commune de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République

[138] Constitution de la République fédérative de Yougoslavie, Belgrade, 1992, Nations Unies, doc. S/23877, 5 mai 1992, annexe, par. 1-2.

[139] M. Snuderl, *Constitutional Law*, Ljubljana, 1957, vol. II, p. 47; A. Fira, *Constitutional Law*, Belgrade, 1977, p. 381.

of foreign representation authorized to appear on behalf of the State in international relations, so that, the measures they adopt, even when legally binding, cannot be put into effect by one-sided acts of State organs which have such authority. The material reason concerns the content of the Declaration. The statement that the Federal Republic of Yugoslavia "shall strictly abide by all the commitments that the SFR Yugoslavia assumed internationally" is not given in the Declaration *in abstracto*, in the form of an unconditional, generalized acceptance of the commitments that the SFRY assumed internationally in the past, but as a declarative expression of the premise that the FR of Yugoslavia is "continuing the State, international, legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia". This fact is not contested by Bosnia and Herzegovina, for it asserts that

> "it is on the basis of this alleged 'continuity' that Yugoslavia (Serbia and Montenegro) considers itself to be bound by all international commitments undertaken by the former SFRY" (Memorial, para. 4.2.2.11).

According to the Declaration, the FR of Yugoslavia does not assume the obligations of the SFRY, but *"remains bound by all obligations to international organizations and institutions of which it is a member"* (emphasis added).

At the meeting of the Federal Chamber of the Assembly of the SFRY held on 27 April 1992, which proclaimed the Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia, the President of the Assembly of Serbia emphasized, in his introductory speech, *inter alia*, that:

> "[t]he adoption of one-sided acts by some of the republics on their secession from Yugoslavia and the international recognition of those republics in the administrative borders of the former Yugoslavia republics forced the Yugoslav peoples who want to continue to live in Yugoslavia to rearrange the relations in it"

and that "Serbia and Montenegro do not recognize that Yugoslavia is abolished and does not exist"[140]. Another opening speaker, the President of the Assembly of Montenegro emphasized that Serbia and Montenegro were "the only states which brought their statehood with them on the creation of Yugoslavia, and decided to constitutionally rearrange the former Yugoslavia"[141].

Moreover, even if the intention of the FR of Yugoslavia to assume

[140] *Politika*, Belgrade, 28 April 1992, p. 6.
[141] *Ibid.* (emphasis added).

de Monténégro» et de l'Assemblée fédérale elle-même ne sont pas des représentants habilités à représenter l'Etat à l'étranger dans les relations internationales, et les mesures qu'ils adoptent, même si elles ont force obligatoire, ne peuvent donc être mises en vigueur par des décisions unilatérales d'organes d'Etat à ce autorisés. La raison d'ordre matériel se rapporte à la teneur de la déclaration. L'affirmation que la République fédérative de Yougoslavie «respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international» n'y apparaît pas *in abstracto*, comme une acceptation générale et inconditionnelle des engagements pris dans le passé par la République fédérative socialiste de Yougoslavie; c'est une formule déclaratoire, fondée sur le postulat que la République fédérative de Yougoslavie assure «la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie». Ce qui n'est pas contesté par la Bosnie-Herzégovine, qui affirme que

> «c'est en se fondant sur cette «continuité» présumée que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) se considère comme liée par tous les engagements internationaux pris par l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie» (mémoire, par. 4.2.2.11).

Selon la déclaration, la République fédérative de Yougoslavie n'assume pas les obligations de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, mais *«reste tenue de toutes ses obligations à l'égard des institutions et des organisations internationales dont elle est membre»* (les italiques sont de moi).

A la session tenue par la chambre fédérale de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie le 27 avril 1992, session à laquelle a été proclamée la Constitution de la République fédérative de Yougoslavie, le président de l'Assemblée de Serbie a indiqué dans son discours liminaire que:

> «l'adoption de décisions unilatérales par certaines républiques au moment où elles ont fait sécession de la Yougoslavie et la reconnaissance internationale de ces républiques dans les frontières administratives des anciennes républiques yougoslaves ont obligé les peuples yougoslaves qui veulent continuer de vivre en Yougoslavie à réaménager les relations à l'intérieur du pays»

et que «la Serbie et le Monténégro ne reconnaissent pas le fait de l'abolition et de la disparition de la Yougoslavie»[140]. Prenant également la parole à l'ouverture de cette session, le président de l'Assemblée du Monténégro a souligné que la Serbie et le Monténégro étaient «les seuls Etats qui avaient conservé leur qualité d'Etat au moment de la création de la Yougoslavie et qui avaient décidé de réaménager l'ex-Yougoslavie sur le plan constitutionnel»[141].

De surcroît, même si la République fédérative de Yougoslavie avait

[140] *Politika*, Belgrade, 28 avril 1992, p. 6.
[141] *Ibid.* (les italiques sont de moi).

formally the obligations of the SFRY were built into the Declaration, the Declaration, as the external textual expression of such an intention, could hardly represent anything more than a political proclamation which should be operationalized, in the absence of rules on automatic succession, in accordance with the relevant rules of the Law of Treaties on the expression of consent to be bound by a treaty.

94. Whereas after the adoption of its Constitution on 27 April 1992, Yugoslavia did not express its consent to be bound by the Genocide Convention in the way prescribed by Article XI of the Convention and nor did it send to the Secretary-General of the United Nations the notification of succession, it is obvious that the only possible legal basis on which Yugoslavia could be considered a party to the Genocide Convention is the legal identity and continuity of the SFRY in the domain of multilateral treaties.

In the practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties, Yugoslavia figures also, after the territorial changes which took place in the period 1991-1992, as a party to the multilateral treaties deposited with the Secretary-General, although the FR of Yugoslavia did not express its acceptance to be bound by concrete treaties in the ways fixed by the treaties, nor did it address to the Secretary-General as depositary the appropriate notifications of succession. The date when the FR of Yugoslavia expressed its acceptance to be bound is mentioned as the day on which it was bound by that specific instrument. *Exempli causa*, in the "Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General" for 1992, and in the list of "Participants" of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, "Yugoslavia" is included, and the 29 August 1950 is mentioned as the date of the acceptance of the obligation — the date on which the SFRY ratified that Convention. Identical dates are also found in the issues of the "Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General" for 1993 and 1994. Such a model is applied, *mutatis mutandis*, to other multilateral conventions deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Therefore, it is indisputable that the practice of the Secretary-General as the depositary of the multilateral treaties consistently qualifies Yugoslavia as a party to these multilateral treaties on the basis of the acceptance of those treaties expressed by the SFRY.

95. On the basis of existing practice, the "Summary of Practice of the Secretary-General as depositary of Multilateral Treaties" concludes:

> "The independence of a new successor State, which then exercises its sovereignty on its territory, is of course without effect as concerns the treaty rights and obligations of the predecessor State as concerns it own (remaining) territory. Thus, after the separation of parts of the territory of the Union of Soviet Socialist Republics (which

exprimé l'intention d'assumer officiellement les obligations de la République fédérative socialiste de Yougoslavie dans cette déclaration, celle-ci, en tant que texte exprimant cette intention, ne pourrait guère être considérée que comme une proclamation politique à laquelle il faudrait encore, faute de régime de succession automatique, donner force opératoire selon les règles du droit des traités applicables à la manifestation de la volonté d'être lié par voie conventionnelle.

94. Comme après l'adoption de sa constitution le 27 avril 1992, la Yougoslavie n'a pas manifesté sa volonté d'être liée par la convention sur le génocide selon les modalités prévues à l'article XI de celle-ci, et comme elle n'a pas non plus envoyé au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de notification de succession, la seule base juridique qui permet de considérer la Yougoslavie comme partie à cette convention est évidemment et exclusivement le fait qu'elle ait assumé la personnalité et la continuité juridiques de la République fédérative socialiste de Yougoslavie à l'égard des traités multilatéraux.

Dans la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire d'accords multilatéraux, la Yougoslavie est également considérée, après la modification territoriale intervenue en 1991 et 1992, comme partie aux traités multilatéraux, bien qu'elle n'ait pas manifesté sa volonté d'être liée par des traités dans les formes prescrites et qu'elle n'ait pas non plus adressé au Secrétaire général, en qualité de dépositaire, les notifications de succession voulues. La date à laquelle la République fédérative de Yougoslavie a manifesté son acceptation est donnée pour le jour où elle a été liée par l'instrument considéré. Si l'on regarde par exemple le document intitulé «Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général» concernant l'année 1992, on constate que la Yougoslavie y figure parmi les Etats parties à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et que c'est le 29 août 1950 qui est donné comme date d'adhésion à cet instrument, à savoir la date à laquelle la République fédérative socialiste de Yougoslavie l'a ratifié. On trouve des dates identiques dans les éditions de 1993 et de 1994 du même document. La situation est la même *mutatis mutandis*, pour les autres conventions multilatérales déposées auprès du Secrétaire général.

Il est donc indiscutable que, dans sa pratique de dépositaire des traités multilatéraux, le Secrétaire général n'a cessé de considérer la Yougoslavie comme partie à ces traités sur la base de leur acceptation par la République fédérative socialiste de Yougoslavie.

95. Conformément à la pratique établie, donc, le «Précis de la pratique du Secrétaire général — dépositaire des accords multilatéraux» conclut:

> «L'indépendance d'un nouvel Etat successeur, qui exerce par la suite sa souveraineté sur son territoire, est bien sûr sans effet sur les droits et les devoirs conventionnels de l'Etat prédécesseur qui concernent son propre territoire (le territoire restant). Ainsi donc, après la dissociation de certaines parties du territoire de l'Union des Répu-

> became independent States), the Union of Soviet Socialist Republics (as the Russian Federation) continued to exist as a predecessor State, and all its treaty rights and obligations continued in force in respect of its territory . . . The same applies to the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), which remains as the predecessor State upon separation of parts of the territory of the former Yugoslavia. General Assembly resolution 47/1 of 22 September 1992, to the effect that the Federal Republic of Yugoslavia could not automatically continue the membership of the former Yugoslavia in the United Nations (see para. 89 above), was adopted within the framework of the United Nations and the context of the Charter of the United Nations, and not as an indication that the Federal Republic of Yugoslavia was not to be considered a predecessor State."[142]

On the other side, a

> "different situation occurs when the predecessor State disappears. Such was the case when the Czech Republic and Slovakia were formed after the separation of their territories from Czechoslovakia, which ceased to exist. Each of the new States is then in the position of a succeeding State."[143]

Such a practice is completely in accordance with the interpretation of the range of resolution 47/1 of the General Assembly of the United Nations which, otherwise, serves as the basis of the contentions that Yugoslavia, by the mere fact of territorial changes lost, *ipso facto*, the status of party to multilateral conventions.

In the letter from the United Nations Office of Legal Affairs of 16 April 1993, it is stated, *inter alia*, that

> "the status of Yugoslavia as a party to treaties was not affected by the adoption of the General Assembly resolution 47/1 of 22 September 1992. By that resolution, the General Assembly decided that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) shall not participate in the work of the General Assembly. It did not address Yugoslavia's status as a party to treaties."

96. Regarding the qualification mentioned in paragraph 297 of the "Summary", the Permanent Representative of the United States to the United Nations in her letter addressed to the Secretary-General dated 5 April 1996 (doc. A/51/95; S/1996/251, 8 April 1996) protested against

[142] ST/LEG.8, p. 89, para. 297 (emphasis added).
[143] *Ibid.*, para. 298.

bliques socialistes soviétiques (qui sont devenues des Etats indépendants), l'Union des Républiques socialistes soviétiques (devenue la Fédération de Russie) a continué d'exister en tant qu'Etat prédécesseur et tous ses droits et devoirs conventionnels sont restés valables à l'égard de son territoire ... On peut dire la même chose de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), qui subsiste en tant qu'Etat prédécesseur après dissociation de certaines parties du territoire de l'ex-Yougoslavie. La résolution 47/1 de l'Assemblée générale en date du 22 septembre 1992, dans laquelle il est dit que la République fédérative de Yougoslavie ne peut pas assurer automatiquement la continuité de la qualité de membre de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies (voir par. 89 ci-dessus), a été adoptée dans le cadre des Nations Unies et dans le contexte de la Charte des Nations Unies, et non pour indiquer que la République fédérative de Yougoslavie ne devait pas être considérée comme un Etat prédécesseur.»[142]

Mais il est dit également:

«la situation est différente lorsque l'Etat prédécesseur disparaît. Tel a été le cas lorsque la République tchèque et la Slovaquie se sont formées après que leur territoire s'est séparé de la Tchécoslovaquie, qui a cessé d'exister. Chacun des nouveaux Etats se trouvait alors en position d'Etat successeur.»[143]

Cette pratique est tout à fait conforme à l'interprétation de la résolution 47/1 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur laquelle la Yougoslavie s'appuie au demeurant pour soutenir qu'elle n'a pas perdu par le simple fait d'un changement territorial son statut de partie aux conventions multilatérales.

Il est dit dans la lettre du bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies en date du 16 avril 1993 que:

«le statut de la Yougoslavie en tant que partie aux traités n'est pas modifié par l'adoption par l'Assemblée générale, le 22 septembre 1992, de sa résolution 47/1. Dans cette résolution, l'Assemblée générale a décidé que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne participerait pas aux travaux de l'Assemblée générale. Elle ne visait pas la qualité d'Etat partie aux traités de la Yougoslavie.»

96. Pour en revenir aux considérations exposées au paragraphe 297 du «Précis», la représentante permanente des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies a protesté, dans la lettre qu'elle a adressée au Secrétaire général le 5 avril 1996 (A/51/95-S/1996/251, 8 avril

[142] ST/LEG.8, p. 89, par. 297.
[143] *Ibid.*, par. 298.

such a qualification. Four days later, on 9 April 1996, the Legal Counsel of the United Nations issued "Errata" (doc. LA41TR/220) which, *inter alia*, deleted the qualification of the FR of Yugoslavia as a predecessor State contained in paragraph 297 of the "Summary". Protests against such a qualification of Yugoslavia were also expressed in the letters addressed to the Secretary-General by the Permanent Representative of Germany to the United Nations (doc. A/50/929; S/1996/263, 11 April 1996) and by the Chargé d'Affaires *ad interim* of the Permanent Mission of Guinea on behalf of the Organization of the Islamic Conference (OIC) and the Contact Group on Bosnia and Herzegovina (doc. A/50/930; S/1996/260, 12 April 1996). Both of the latter letters were, however, dated 10 April 1996, i.e., after the "Errata" had been prepared and published.

The formal circumstances of this concrete question make, in my opinion, both the objections and the "Errata" of the Legal Counsel of the United Nations irrelevant. More particularly,

(a) The subject-matter of the objections submitted in the letters of the permanent representatives of three member States of the Organization are "views" and "interpretations" of the legal position of Yugoslavia as a predecessor State expressed in the "Summary of Practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties", or, to put it more precisely, in paragraphs 297 and 298 of that document. In other words, the above-mentioned objections do not concern the practice of the Organization and of its organs in the concrete matter as an objective fact, but relate to the interpretation of that practice presented in the "Summary".

(b) "Errata" *per definitionem* represents "a mis-statement or misprint in something that is published or written"[144].

Leaving aside the question of whether the "errata" are well founded in this specific case, it is obvious that the document concerns the relevant parts of the "*Summary* of Practice of the Secretary-General" (emphasis added). A "Summary" by itself does not have the value of an autonomous document, a document which determines or constitutes something. It is just the condensed expression, the external lapidary assertion of a fact which exists outside it and independently from it. In that sense, the Introduction to the "Summary of the Practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties" says, *inter alia*, that "the purpose of the present summary is to highlight the main features of the practice followed by the Secretary-General in this field" (p. 1).

Therefore, the errata in this specific case do not question the relevance of the practice of the Secretary-General as the depositary of

[144] *Webster's Third New International Dictionary*, 1966, p. 772.

1996), contre la qualification attribuée à la Yougoslavie dans ce document. Quatre jours plus tard, le 9 avril 1996, le conseiller juridique de l'ONU a publié un «Erratum» (doc. LA41TR/220) ayant pour but de faire disparaître du paragraphe 297 du «Précis» la qualification d'Etat prédécesseur attribuée à la République fédérative de Yougoslavie. Des protestations contre cette qualification ont également été élevées dans les lettres adressées au Secrétaire général par le représentant permanent de l'Allemagne auprès de l'Organisation des Nations Unies (doc. A/50/929-S/1996/263, 11 avril 1996) et par le chargé d'affaires par intérim de la mission permanente de la Guinée au nom de l'organisation de la conférence islamique et du groupe de contact sur la Bosnie-Herzégovine (doc. A/50/930-S/1996/260, 12 avril 1996). Ces deux lettres étaient datées du 10 avril 1996, date postérieure donc à la rédaction et à la publication de l'«Erratum».

Les formes dans lesquelles se présente cette question concrète ôtent toute pertinence aux objections qui viennent d'être citées à l'«Erratum» du conseiller juridique. Pour être plus précis:

a) le fond des objections élevées par les représentants permanents des trois Etats Membres de l'Organisation est constitué d'«opinions» et d'«interprétations» concernant le statut juridique de la Yougoslavie qualifiée d'Etat prédécesseur dans le «Précis de la pratique du Secrétaire général — dépositaire des accords multilatéraux», plus exactement aux paragraphes 297 et 298. En d'autres termes, ces objections ne visaient pas la pratique de l'Organisation ou de ses organes en tant que fait objectif intervenu dans ce domaine concret, mais bien l'interprétation de cette pratique, telle qu'elle était présentée dans le «Précis»;

b) par définition, un *erratum* est une «erreur de rédaction ou faute typographique dans un texte publié ou écrit»[144].

Sans soulever même la question de savoir si l'«Erratum» en question était en l'occurrence justifié, on ne peut qu'admettre qu'il concernait certains passages du «*Précis* de la pratique du Secrétaire général...» (les italiques sont de moi). Un «précis» n'a pas en lui-même la valeur d'un document autonome, d'un instrument qui détermine ou constitue quelque chose. Il n'est que la synthèse abrégée, l'affirmation extrinsèque lapidaire d'un fait ayant une réalité en dehors et indépendamment de lui. D'ailleurs, il est dit dans l'introduction du «Précis» en question que l'objet de celui-ci «est de faire ressortir les caractéristiques principales de la pratique suivie en cette matière par le Secrétaire général» (p. 1).

Il s'ensuit que dans ce cas particulier l'erratum ne met pas en cause la pertinence de la pratique du Secrétaire général en sa qualité de

[144] *Webster's Third New International Dictionary*, 1966, p. 772.

multilateral treaties. This practice is, in relation to the status of the FR of Yugoslavia as party to the multilateral treaties, uniform and without exceptions, so that it has no pressing need of a "summary" which would "highlight [its] main features";

(c) The fact that the term "Federal Republic" is not used before or after the name "Yugoslavia" cannot, in my opinion, be taken as proof that it does not concern the FR of Yugoslavia. The name "Yugoslavia" designates the Yugoslav State, regardless of the factual and legal changes which it experienced during its existence, which were also reflected in its name. For example, at the time when Yugoslavia entered into the obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide — in August 1950 — the full name of the Yugoslav State was "Federal People's Republic of Yugoslavia". Yugoslavia is, on the basis of legal identity and continuity, a party to the conventions which bound — in the era of the League of Nations — the Yugoslav State which was called, at that time, the "Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes".

It follows that the terms such as the "former Yugoslavia" or the "Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)" *per se* have no other meaning except the epistemiological one. In relation to the SFRY, the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes represents the "former Yugoslavia", just as the "Democratic Federal Yugoslavia", constituted at Session II of the Anti-Fascist Assembly of the People's Liberation of Yugoslavia on 29 November 1943, represents the "former Yugoslavia" in relation to the Federal People's Republic of Yugoslavia established by the 1946 Constitution. The conventional nature of such terms is also seen in the practice of the principal organs of the United Nations with respect to the use of the name "Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)". Since 22 November 1995, the Security Council uses in its resolutions 1021 and 1022 the term "Federal Republic of Yugoslavia" instead of the former "Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)" without any express decision and in a legally unchanged situation in relation to the one in which it, like other organs of the United Nations, employed the term "Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)". The fact that this change in the practice of the Security Council appeared on the day following the initialling of the Peace Agreement in Dayton, gives a strong basis for the conclusion that the concrete practice is not based on objective, legal criteria but rather on political criteria.

97. The practice of the Secretary-General as the depositary of multilateral treaties corresponds to the general legal principle that a diminution of territory does not of itself affect the legal personality of the State.

dépositaire des traités multilatéraux. Cette pratique, en ce qui concerne le statut de la République fédérative de Yougoslavie à l'égard des traités multilatéraux, est uniforme et constante et il n'est pas vraiment nécessaire d'établir un «précis» qui en ferait «ressortir les caractéristiques principales»;

c) on ne peut voir dans le fait que le terme «République fédérative» n'est utilisé ni avant ni après le nom «Yougoslavie» la preuve qu'il ne s'agit pas de la République fédérative de Yougoslavie. Le nom «Yougoslavie» désigne l'Etat yougoslave, indépendamment des modifications de fait ou de droit que celui-ci a connues au cours de son existence, modifications dont son nom est d'ailleurs le reflet. Au moment par exemple où la Yougoslavie a assumé les obligations de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (en août 1950), son nom complet était «République populaire fédérative de Yougoslavie». En vertu de sa pérennité et de la continuité de sa personnalité juridique, la Yougoslavie est partie aux conventions qui liaient, à l'époque de la Société des Nations, l'Etat yougoslave, appelé alors le «Royaume des Serbes, Croates et Slovènes».

Il s'ensuit que les expressions «ex-Yougoslavie» ou «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)» n'ont en elles-mêmes pas d'autre sens que leur sens épistémologique. Du point de vue de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes représente «l'ex-Yougoslavie», de la même façon que la «Yougoslavie démocratique populaire» constituée à la deuxième session de l'assemblée antifasciste de la libération populaire de Yougoslavie le 29 novembre 1943 représentait «l'ex-Yougoslavie» par rapport à la République populaire fédérative de Yougoslavie, créée par la Constitution de 1946. Le caractère conventionnel de cette terminologie apparaît aussi dans la pratique des organes principaux des Nations Unies en ce qui concerne l'utilisation de l'appellation «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)». Depuis le 22 novembre 1995, le Conseil de sécurité utilise dans ses résolutions (résolutions 1021 et 1022) le terme «République fédérative de Yougoslavie» au lieu de l'ancien terme «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)», sans que soit intervenue quelque décision expresse et sans que la situation juridique ait changé par rapport à celle où il utilisait, de même que les autres organes des Nations Unies, le terme «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)». Le fait que cette évolution de la pratique du Conseil de sécurité date du jour qui a suivi la signature provisoire des accords de paix de Dayton donne de bonnes raisons de conclure que l'usage concret n'est pas fondé sur des critères juridiques objectifs mais plutôt sur des considérations politiques.

97. La pratique du Secrétaire général, en sa qualité de dépositaire des traités multilatéraux, répond au principe juridique général qui veut qu'une réduction de son territoire ne modifie pas *ipso facto* la personnalité juri-

This principle of international law is deeply rooted in international practice[145]. As early as 1925, the arbitrator, Professor Borel, held in the *Ottaman Debt Arbitration* that, notwithstanding both the territorial losses and the revolution, "in international law, the Turkish Republic was deemed to continue the international personality of the former Turkish Empire"[146]. In the practice of the United Nations, it is expressed in the opinion given by the United Nations Secretariat regarding the secession of Pakistan from India in which it was stated that "[t]he territory which breaks off, Pakistan, will be a new State; . . . the portion which separated was considered a new State; the remaining portion continued as an existing State with all the rights and duties which it had before"[147]. A possible exception cited is the case in which territorial changes affect the "territorial nucleus" of a State[148], which did not happen in the case of Yugoslavia since the "territorial nucleus" has been preserved[149].

98. It is noteworthy to underline that the practice of the Court is identical to the practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties. The *Yearbook 1993-1994* of the International Court of Justice says that:

> "On 31 July 1994, the following 184 States were Members of the United Nations:
>
> *State* *Date of Admission*
>
> . . . . . .
>
> Yugoslavia . . . . . Original Member."[150]

An identical formulation is also found in the previous issue[151]. On the basis of Article 93 (1) of the Charter of the United Nations, all Members of the United Nations are *ipso facto* parties to the Statute.

Such a practice of the Court is in full agreement with the interpretation of the scope of resolution 47/1 of the General Assembly given in a letter which the Under-Secretary-General and the Legal Counsel of the United Nations addressed on 29 September 1992 to the permanent representa-

---

[145] D. Anzilotti, this is one of the most certain rules in international law: "nessun principio più sicuro di questo nel diritto internazionale", "La formazione del Regno d'Italia nei guardi del diritto internazionale", *Revista di diritto internazionale*, 1912, p. 9.

[146] Cited in K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 1954, p. 40.

[147] United Nations Press Release PM/473, 12 August 1947 (*Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, p. 101).

[148] Hall, *A Treatise on International Law*, 1924, p. 22; American Society of International Law, Panel on "State Succession and Relations with Federal States", Gold Room, Rayburn House Office Building, Washington, D.C., E. Williamson, United States State Department. 1 April 1992, p. 10.

[149] M. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, 1984, p. 147.

[150] *I.C.J. Yearbook 1993-1994*, No. 48, p. 67.

[151] *I.C.J. Yearbook 1992-1993*, No. 47, p. 59.

dique d'un Etat. Ce principe de droit international est profondément enraciné dans la pratique internationale[145]. Dès 1925, l'arbitre en l'affaire de la *Dette ottomane*, M. Borel, soutenait que malgré la perte de territoire et malgré la révolution «la République turque [était] réputée en droit international assurer la continuité de la personnalité internationale de l'ancien empire turc»[146]. Dans la pratique des Nations Unies, ce même principe se retrouve dans l'opinion donnée par le Secrétariat à propos de la sécession du Pakistan de l'Inde: «le territoire qui fait sécession, le Pakistan, sera un Etat nouveau; ... la partie du territoire qui a fait sécession était considérée comme un nouvel Etat; la partie restante a continué d'être un Etat existant, avec les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'auparavant»[147]. On évoque, à titre d'exception éventuelle, le cas où le changement territorial affecte le «*nucleus* territorial» de l'Etat[148]. Mais la Yougoslavie n'est pas dans ce cas puisque son «*nucleus* territorial» a été préservé[149].

98. Il est intéressant de noter que la pratique de la Cour est identique à celle du Secrétaire général dépositaire des traités multilatéraux. On lit dans l'*Annuaire 1993-1994* de la Cour internationale de Justice que:

> «Au 31 juillet 1994, la liste des cent quatre-vingt-quatre Membres des Nations Unies était la suivante:
>
> | *Etat* | *Date d'admission* |
> |---|---|
> | . . . . . | |
> | Yougoslavie . . . . . | Membre originaire.»[150] |

On trouve la même formule dans l'édition précédente de l'*Annuaire*[151]. Selon le paragraphe 1 de l'article 93 de la Charte des Nations Unies, tous les Membres des Nations Unies sont *ipso facto* parties au Statut de la Cour internationale de Justice.

La pratique de la Cour coïncide donc tout à fait avec l'interprétation de la résolution 47/1 de l'Assemblée générale que le Secrétaire général adjoint, conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, a présentée dans la lettre qu'il a adressée le 29 septembre 1992 aux représen-

---

[145] Pour D. Anzilotti, il s'agit de l'une des règles les plus sûres du droit international: «nessun principio più sicuro di questo nel diritto internazionale», dans «La formazione del Regno d'Italia nei guardi del diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, 1912, p. 9.

[146] Cité dans K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 1954, p. 40.

[147] Communiqué de presse de l'ONU, PM/473, 12 août 1947 (*Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, p. 101).

[148] Hall, *A Treatise on International Law*, 1924, p. 22; American Society of International Law, *Panel on* «State Succession and Relations with Federal States», Gold Room, Rayburn House Office Building, Washington, D.C., E. Williamson, département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, 1er avril 1992, p. 10.

[149] M. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law* (1984), p. 147.

[150] *C.I.J. Annuaire 1993-1994*, n° 48, p. 69.

[151] *C.I.J. Annuaire 1992-1993*, n° 47, p. 61.

tives of Bosnia and Herzegovina and Croatia to the United Nations and which asserts, *inter alia*, that "the resolution does not terminate nor suspend Yugoslavia's membership in the Organization"[152].

Fifth Preliminary Objection

99. Three principal legal questions are raised by Yugoslavia's fifth preliminary objection, and relate to:

(a) the qualification of the conflict in Bosnia and Herzegovina;
(b) the territorial or non-territorial nature of the obligations of States under the Genocide Convention; and
(c) the type of the State responsibility referred to in Article IX of the Convention.

100. Having in mind the territorial nature of the obligations of States under the Genocide Convention, the qualification of the conflict in Bosnia and Herzegovina is of considerable importance. Even if this question is closely linked to the merits, this does not prevent the Court from

> "mak[ing] a summary survey of the merits to the extent necessary to satisfy itself that the case discloses claims that are reasonably arguable or issues that are reasonably contestable; in other words, that these claims or issues are rationally grounded on one or more principles of law, the application of which may resolve the dispute. The essence of this preliminary survey of the merits is that the question of jurisdiction or admissibility under consideration is to be determined not on the basis of whether the applicant's claim is right but exclusively on the basis whether it discloses a right to have the claim adjudicated."[153]

In my opinion, the conflict in Bosnia and Herzegovina cannot be qualified as "civil war" or "internal conflict" exclusively as Yugoslavia asserts. That assertion is only partly correct.

The armed conflict in Bosnia and Herzegovina was a special, *sui generis* conflict, in which elements of civil war and international armed conflict were intermingled.

Elements of civil war were obviously present in the armed conflict in Bosnia and Herzegovina; however, according to my opinion, they could in no way be seen as its dominant characteristic. They were especially

---

[152] United Nations, General Assembly, A/47/485, 30 September 1992, Annex.

[153] *Nuclear Tests, I.C.J. Reports 1974*, joint dissenting opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Sir Humphrey Waldock, p. 364.

tants permanents de la Bosnie-Herzégovine et de la Croatie auprès de l'Organisation, où il est dit que «la résolution ne met pas fin à l'appartenance de la Yougoslavie à l'Organisation et ne la suspend pas»[152].

CINQUIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

99. Dans sa cinquième exception préliminaire, la Yougoslavie soulève trois points de droit principaux à propos:

a) de la qualification du conflit en Bosnie-Herzégovine;
b) de la nature territoriale ou non territoriale des obligations des Etats aux termes de la convention sur le génocide;
c) de la nature de la responsabilité d'un Etat dont il est question à l'article IX de la convention.

100. Si l'on prend en considération la nature territoriale des obligations que la convention sur le génocide impose aux Etats, la qualification du conflit en Bosnie-Herzégovine est d'une extrême importance. Que cette question touche de près au fond de l'affaire ne doit pas empêcher la Cour de

> «se livrer à un examen sommaire du fond du différend dans la mesure où cela lui est nécessaire pour s'assurer que l'affaire fait apparaître des prétentions raisonnablement soutenables ou des questions pouvant raisonnablement prêter à contestation, autrement dit des prétentions ou des contestations qui sont fondées rationnellement sur un ou plusieurs principes de droit dont l'application peut permettre de résoudre le différend. L'essentiel, en ce qui concerne cet examen préliminaire du fond, est qu'il faudra trancher la question de la compétence ou de la recevabilité qui est en cause en considérant non pas si la prétention du demandeur est fondée mais exclusivement si elle fait apparaître un droit à soumettre cette demande à la décision de la Cour.»[153]

A mon avis, le conflit en Bosnie-Herzégovine ne peut être simplement qualifié, comme l'affirme la Yougoslavie, de «guerre civile» ou de «conflit interne». Cette qualification ne serait qu'en partie correcte.

Le conflit armé en Bosnie-Herzégovine est un conflit de nature particulière, *sui generis*, où se mêlent des éléments de guerre civile et des éléments de conflit international armé.

Les éléments de guerre civile sont de toute évidence présents; pourtant, ils ne sont pas, à mon avis, le trait dominant du conflit. Ils se sont surtout manifestés dans la période de crise constitutionnelle qui a précédé la

---

[152] Organisation des Nations Unies, Assemblée générale, doc. A/47/485, annexe, 30 septembre 1992.

[153] *Essais nucléaires, C.I.J. Recueil 1974*, opinion dissidente de MM. Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et sir Humphrey Waldock, p. 364.

expressed in the period of constitutional crisis before the proclamation of the independence of Bosnia and Herzegovina by the incomplete parliament of Bosnia and Herzegovina. The passive, preparatory stage of that war consisted especially of the acts of creation of national militias as early as in 1991, while the active phase of the war started with attacks against the organs of the central federal authorities, especially against the units of the Yugoslav People's Army.

After the proclamation of sovereignty and independence of Bosnia and Herzegovina by the incomplete parliament of Bosnia and Herzegovina, the civil war became, in my opinion, an international armed conflict, in which one side consisted of a fictitious, *de jure* recognized State — the Republic of Bosnia and Herzegovina — and the other side consisted of two *de facto* States not recognized by the international community — Republika Srpska and Herzeg-Bosna. This was *bellum omnium contra omnes*, which is eloquently shown by the war between the Muslim authorities in Sarajevo and Herzeg-Bosna in 1993, and by the war between the authorities in Sarajevo and the alternative Muslim Autonomous Region of Western Bosnia, proclaimed in September 1993.

101. The relevant passage of the Court's Judgment relating to the nature of the rights and obligations of States under the Convention reads as follows:

> "the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations *erga omnes*. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention." (Para. 31 of the Judgment.)

In my opinion, it is necessary to draw a clear distinction, on the one hand, between the legal nature of the norm prohibiting genocide, and, on the other, the implementation or enforcement of that norm.

The norm prohibiting genocide, as a norm of *jus cogens*, establishes obligations of a State toward the international community as a whole, hence by its very nature it is the concern of all States. As a norm of *jus cogens* it does not have, nor could it possibly have, a limited territorial application with the effect of excluding its application in any part of the international community. In other words, the norm prohibiting genocide as a universal norm binds States in all parts of the world.

As an absolutely binding norm prohibiting genocide, it binds all subjects of international law even without any conventional obligation. To that effect, and only to that effect, the concrete norm is of universal applicability (a norm *erga omnes*), and hence "non-territorality" as another pole of limited territorial application may be taken as an element of the very being of a cogent norm of genocide prohibition.

The position is different, however, when it comes to the implementation or enforcement of the norm of genocide prohibition. The norm prohibiting genocide, like other international legal norms, is applicable by

proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine par un parlement incomplet. La phase non active des préparatifs de cette guerre a été spécialement celle de la création de milices nationales (dès 1991), alors que la phase active a commencé avec les attaques lancées contre les organes des autorités fédérales centrales, notamment contre des unités de l'armée populaire yougoslave.

Après la proclamation de la souveraineté et de l'indépendance par le parlement incomplet de Bosnie-Herzégovine, la guerre est devenue, ce me semble, un conflit armé international, avec pour adversaires un Etat fictif reconnu *de jure* (la République de Bosnie-Herzégovine) et, en face, deux Etats *de facto* non reconnus par la communauté internationale (la Republika Srpska et l'Herceg-Bosna). C'était une guerre du type *bellum omnium contra omnes*, ce qu'illustrent éloquemment la guerre entre les autorités musulmanes de Sarajevo et l'Herceg-Bosna en 1993 et la guerre entre les autorités de Sarajevo et la Bosnie occidentale, région musulmane autonome parallèle proclamée en septembre 1993.

101. Le passage que la Cour consacre dans son arrêt à la nature des droits et des obligations des Etats découlant de la convention se lit comme suit:

> «les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations *erga omnes*. La Cour constate que l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention.» (Par. 31.)

Il faut à mon avis bien faire la distinction nette entre, d'une part, la nature juridique du principe interdisant le génocide et, de l'autre, la mise en application ou la réalisation de ce principe.

Le principe qui interdit le génocide, norme de *jus cogens*, fixe les obligations de l'Etat à l'égard de la communauté internationale prise dans sa totalité et, par sa nature même, intéresse tous les Etats. En tant que règle de *jus cogens*, il n'a pas, et ne peut absolument pas avoir, d'application territorialement limitée, telle qu'une certaine fraction de la communauté internationale n'y serait pas soumise. Autrement dit, l'interdiction du génocide est une norme universelle qui lie tous les Etats où qu'ils se trouvent dans le monde.

En tant que norme s'imposant absolument, l'interdiction du génocide oblige tous les sujets de droit international, en dehors même de toute convention. C'est en cela, et en cela seulement, que cette norme concrète est d'application universelle (c'est-à-dire *erga omnes*) et la notion de «non-territorialité», autre façon de présenter l'idée d'une application territoriale limitée, peut être considérée comme un aspect de l'essence même de l'interdiction absolue du génocide.

Les choses se présentent différemment quand il s'agit de faire respecter cette norme de l'interdiction du génocide ou de lui donner effet. Comme toute autre règle de droit international, elle est applicable par les Etats

States not in an imaginary space, but in an area of the territoralized international community. And, as was pointed out by the Permanent Court of International Justice in the *"Lotus"* case:

> "Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that — failing the existence of a permissive rule to the contrary — it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.
>
> . . . . . .
>
> In these circumstances, all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty."[154]

A territorial jurisdiction conceived in this way suggests, as a general rule, the territorial character of the State's obligation in terms of implementation of an international legal norm, both in prescriptive and enforcement terms. If this were not the case, norm on territorial integrity and sovereignty, also having the character of *jus cogens*, would be violated.

102. What is the status of the Genocide Convention? With respect to the obligation of prevention of the crime of genocide, the Convention does not contain the principle of universal repression. It has firmly opted for the territorial principle of the obligation of prevention and

> "the only action relating to crimes committed outside the territory of the Contracting Party is by organs of the United Nations within the scope of the general competence"[155].

Accordingly,

> "the States are . . . obliged to punish persons charged with the commission of acts coming under the Convention insofar as they were committed in their territory"[156].

Article VII of the draft Genocide Convention, prepared by the Secretary-General, was based on the concept of universal repression[157]. In its draft Convention the *Ad Hoc* Committee on Genocide replaced the text of Article VII, hence "the principle of universal repression was rejected by the Committee by 4 votes (among which were France, the United

---

[154] *"Lotus", Judgment No. 9, P.C.I.J., Series A, No. 10*, pp. 18-19.
[155] N. Robinson, *The Genocide Convention, Its Origin and Interpretation*, 1949, pp. 13-14.
[156] *Ibid.*, p. 31.
[157] Doc. E1447, p. 8.

non pas dans un espace imaginaire mais dans le domaine territorialisé de la communauté internationale. Comme l'a fait remarquer la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire du *Lotus*:

> «Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention.
>
> . . . . . .
>
> Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté.»[154]

Une telle conception de la compétence territoriale amène à considérer d'une manière générale que l'obligation de l'Etat tenu d'appliquer une règle de droit international, tant sur le plan prescriptif que sur celui de la mise en œuvre, est de nature territoriale. Si tel n'était pas le cas, il y aurait infraction aux principes de l'intégrité territoriale et de la souveraineté, qui relèvent eux aussi du *jus cogens*.

102. Quel est le statut de la convention sur le génocide? Pour ce qui est de l'obligation de prévention, elle ne consacre pas le principe de la répression universelle. Elle opte très clairement pour le principe territorial de l'obligation de prévention et

> «la seule action possible à l'égard des crimes commis en dehors du territoire de la partie contractante ne peut être que le fait des organes des Nations Unies, au titre de leur compétence générale»[155].

Ainsi donc,

> «les Etats sont ... tenus de punir les personnes accusées d'avoir commis les actes tombant sous le coup de la convention dans la mesure où ces actes ont été commis sur leur territoire»[156].

L'article VII du projet de convention sur le génocide établi par le Secrétaire général était inspiré du principe de la répression universelle[157]. Dans son projet de convention, le comité spécial sur le génocide a remplacé le texte de cet article VII et c'est ainsi que «le comité rejeta par 4 voix (parmi lesquelles celles de la France, des Etats-Unis d'Amérique

[154] *Lotus, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10*, p. 18-19.
[155] N. Robinson, *The Genocide Convention, Its Origin and Interpretation*, 1949, p. 13-14.
[156] *Ibid.*, p. 31.
[157] Doc. E/1447, p. 8.

States of America and the Union of Soviet Socialist Republics) against 2 with 1 abstention"[158].

An unfavourable position regarding the principle of universal punishment emerges also from declarations and reservations concerning the Genocide Convention[159], Communication of Governments[160] and by non-governmental organizations that have a consultative status with the Economic and Social Council[161].

The Special Rapporteur concluded that

> "since no international criminal court has been established, the question of universal punishment should be reconsidered, if it is decided to prepare new international instruments for the prevention and punishment of genocide"[162].

The intention of the drafters of the Convention to establish territorial obligations of States under the Convention clearly and irrefutably stems from the provisions of Article XII of the Convention which reads:

> "Any Contracting Party may at any time, by notification addressed to the Secretary-General of the United Nations, *extend the application of the present Convention to all or any of the territories for the conduct of whose foreign relations that Contracting Party is responsible*." (Emphasis added.)

It is obvious that, if this were not the case, the said Article would be deprived of all sense and logic.

103. Could a State be responsible for genocide? The Court finds, when it refers to "the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III", that Article IX does not exclude any form of State responsibility, nor is

> "the responsibility of a State for acts of its organs excluded by Article IV of the Convention, which contemplates the commission of an act of genocide by 'rulers' or 'public officials'" (para. 32 of the Judgment).

Such a position does not appear, in my opinion, to be tenable.

Article IV of the Genocide Convention, which stipulates criminal responsibility for genocide or the other acts enumerated in Article III of the Convention, has a twofold meaning:

(a) a positive meaning, starting from the principle of individual guilt, since Article IV establishes as criminally responsible "persons . . .

---

[158] See Study of the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, prepared by N. Ruhashyankiko, Special Rapporteur, doc. E/CN.4/Sub.2/416, 4 July 1978, p. 49.

[159] *Ibid.*, pp. 51-52.

[160] *Ibid.*, pp. 52-55.

[161] *Ibid.*, p. 55.

[162] *Ibid.*, p. 56.

et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques), contre 2 avec une abstention le principe de la répression universelle»[158].

Une attitude hostile au principe de la répression universelle apparaît également dans les déclarations et les réserves dont a fait l'objet la convention[159], dans les communications des gouvernements[160], et des organisations non gouvernementales dotées du statut consultatif auprès du Conseil économique et social[161].

Le rapporteur spécial a conclu que:

> «puisque il n'existe pas de cour criminelle internationale, la question de la répression universelle devra être réexaminée si l'on décide de rédiger de nouveaux instruments internationaux pour prévenir et réprimer le crime de génocide»[162].

L'intention de ses auteurs d'instituer sous le couvert de la convention des obligations territoriales pour les Etats apparaît de façon claire et irréfutable à l'article XII, qui se lit comme suit:

> «Toute Partie contractante pourra, à tout moment, par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, *étendre l'application de la présente convention à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont elle dirige les relations extérieures.*» (Les italiques sont de moi.)

Il va sans dire que si telle n'avait pas été leur intention, cet article n'aurait ni sens ni logique.

103. Un Etat peut-il être responsable de génocide? Se référant à «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III», la Cour observe que l'article IX n'exclut aucune forme de responsabilité d'Etat et que:

> «La responsabilité d'un Etat pour le fait de ses organes n'est pas davantage exclue par l'article IV de la convention, qui envisage la commission d'un acte de génocide par des «gouvernants» ou des «fonctionnaires.» (Arrêt, par. 32.)

Cette position n'est pas à mon avis défendable.

L'article IV de la convention, qui fixe la responsabilité pénale en cas de génocide ou de l'un des actes énumérés à l'article III, a un sens double:

a) un sens positif, qui prend son origine dans le principe de la responsabilité individuelle puisqu'il fixe la responsabilité pénale des «per-

[158] Voir «Etude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide», établie par N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, doc. E/CN.4/Sub.2/416, 4 juillet 1978, p. 49.
[159] *Ibid.*, p. 51-52.
[160] *Ibid.*, p. 52-55.
[161] *Ibid.*, p. 55.
[162] *Ibid.*, p. 56.

whether they are constitutionally appointed rulers, public officials or private individuals". This rule represents *lex lata*, because:

> "international practice since the Second World War has constantly applied the principle of individual criminal responsibility for crimes of international law, including those of genocide" [163],

(b) a negative meaning — contained in the exclusion of criminal responsibility of States, governments or State authorities and the rejection of the application of the doctrine of the act of the State in this matter. Such a solution is expressed in the positive international law. The International Law Commission, when elaborating the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, concluded, *inter alia*, in relation to the content *ratione personae* of the Draft Code that:

> "With regard to the content *ratione personae*, the Commission took the view that its efforts at this stage should be devoted exclusively to the criminal responsibility of *individuals*. This approach was dictated by the uncertainty still attaching to the problem of criminal responsibility of States . . . True, the criminal responsibility of individuals does not eliminate the international responsibility of States for the acts committed by persons acting as organs or agents of the State. But, such responsibility is of a different nature and falls within the traditional concept of State responsibility . . . the question of international criminal responsibility should be limited, at least at the present stage, to that of individuals." [164]

The resolution built into Article IV of the Genocide Convention represents an expression of a broader understanding of the inability to establish the criminal responsibility of legal persons *(societas delinquere non potest)*.

The understanding is based on the premise that a criminal offence as a phenomenon is reduced to a human action, that is to say, to a physical act or to its omission. Since States are legal entities of an abstract character, persons without a physical body and incapable of criminal liability, they thus cannot be guilty as perpetrators of criminal acts.

It is hardly necessary to state that the interest of safeguarding the essential values of the international community involves the issue of criminal responsibility of a State as illustrated, *inter alia*, by the Draft

[163] Study of the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, prepared by Mr. N. Ruhashyankiko, Special Rapporteur, doc. E/CN.4/Sub.2/415, 4 July 1978, p. 36, para. 151.

[164] Report of the International Law Commission on the work of its thirty-sixth session (7 May to 27 July 1984 (doc. A/39/10), *Yearbook of the International Law Commission*, 1984, Vol. II, Part Two, p. 11, para. 32.

sonnes ... qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers». Cette règle relève de la *lex lata*, parce que:

> «la pratique internationale d'après la seconde guerre mondiale a fait constamment l'application du principe de la responsabilité pénale individuelle en matière de crimes de droit international parmi lesquels se place le génocide»[163];

b) un sens négatif qui est celui de l'exclusion de la responsabilité pénale des Etats, des gouvernements ou des autorités des Etats et du refus de reconnaître la validité en cette matière de la doctrine de l'acte d'Etat. Cette conception a une expression en droit international positif. Lorsqu'elle a élaboré le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission du droit international a notamment conclu *ratione persoae*:

> «En ce qui concerne le contenu *ratione personae*, la Commission a estimé que ses efforts devaient à ce stade être consacrés exclusivement à la responsabilité pénale des *individus*. Cette démarche s'explique par l'incertitude qui pèse encore sur le problème de la responsabilité pénale des Etats ... Il est vrai que la responsabilité criminelle des individus n'écarte pas la responsabilité internationale des Etats en ce qui concerne les conséquences des actes commis par les personnes agissant en qualité d'organes ou d'agents de ces Etats. Mais cette responsabilité est d'une autre nature, et elle s'inscrit dans le concept traditionnel de la responsabilité des Etats ... la question de la responsabilité pénale internationale devait être limitée, au moins au stade actuel, à celle des individus.»[164]

La solution que consacre l'article IV de la convention répond à une conception plus générale de l'impossibilité d'établir la responsabilité pénale des personnes juridiques *(societas delinquere non potest)*.

Cette façon de voir les choses prend pour postulat que le phénomène du délit criminel ne peut être que le fait de l'homme, c'est-à-dire qu'il ne peut être qu'un acte matériel ou une omission. Comme les Etats sont des entités juridiques de nature abstraite, des personnes sans corps matériel qui ne peuvent avoir de responsabilité pénale, ils ne peuvent perpétrer des actes criminels.

Est-il vraiment nécessaire de dire que la nécessité de sauvegarder les valeurs essentielles de la communauté internationale soulève la question de la responsabilité pénale de l'Etat, telle qu'elle s'illustre notamment

---

[163] «Etude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide», établie par N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, doc. E/CN.4/Sub.2/415, 4 juillet 1978, p. 36, par. 151.

[164] Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-sixième session, 7 mai-27 juillet 1984, doc. A/39/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1984, vol. II, deuxième partie, par. 32.

Code of Offences against the Peace and Security of Mankind[165]. Theoretically, the issue of criminal responsibility of a State may be situated within the framework of a pure model of a State authority or State as the offender, namely in the framework of collective, simultaneous responsibility of a State as a legal person and physical personality, as its political representative.

However, the above are just projects which, irrespective of their relevance, have not yet found a place within positive international law. This fact *per se*, irrrespective of the circumstances of a concrete case, renders the Court, as an authority implementing *positive law* to subject cases, incapable of taking such projects into account or accepting them as relevant. If this were not the case, the Court would step away from its fundamental judicial function and penetrate into the legislative or quasi-legislative area[166].

104. Even in the hypothesis that, *tractu temporis*, since the Genocide Convention came into force, criminal responsibility for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III has been extended to States as well, the relevance of such a change to the subject case could be highly questionable.

The rationale of such a question is the nature of the compromissory clause contained in Article IX of the Genocide Convention. The establishment of jurisdiction of the Court for disputes concerning the interpretation, application or fulfilment of the Convention is undoubtedly precedent to the general rule of an optional character of the Court's jurisdiction in international law. This fact has a dual meaning — legal and meta-legal. In legal terms, precedent has to be strictly interpreted[167], particularly when it comes to the restriction of the sovereign rights of States. In this case, the jurisdiction of the Court is founded in relation to disputes "relating to the interpretation, application or fulfilment of the *present Convention*" (emphasis added). In other words, the Court has, on the basis of Article IX of the Convention, jurisdiction to settle disputes relating to the *relevant provisions of the Convention* but not such disputes concerning the rules as might possibly exist outside its frame.

Meta-legal meaning resides in the fact that the extension of the Court's jurisdiction beyond the provisions of Article IX of the Convention would, in normal reasoning, inhibit the States in other cases. An evident readiness of States to accept the binding jurisdiction of the

---

[165] *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, Vol. II, Part Two, pp. 7-18.

[166] "the enormity of the crime of genocide can hardly be exaggerated, and any treaty for its repression deserves the most generous interpretation; but the Genocide Convention is an instrument which is intended to produce legal effects by creating legal obligations between the parties to it" (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, joint dissenting opinion of Judges Guerrero, Sir Arnold McNair, Read and Hsu Mo, p. 47).

[167] *P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 76.

dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité?[165] En théorie, la question de la responsabilité pénale de l'Etat s'inscrit dans le schéma parfait du modèle opposant autorité de l'Etat à la délinquance de l'Etat, c'est-à-dire dans le schéma de la responsabilité collective simultanée de l'Etat dans sa personne juridique et dans sa personne physique, qui est sa représentation politique.

Pourtant, les textes dont on vient de parler ne sont que des projets qui, quelle que soit au demeurant leur pertinence, n'ont pas encore trouvé leur place dans le droit international positif. Ce simple fait, quelles que soient les circonstances concrètes d'une affaire, interdit à la Cour, autorité qui applique le *droit positif* à des cas particuliers, de tenir compte de ces textes ou de leur reconnaître aucune autorité. La Cour déborderait sinon les frontières de sa fonction judiciaire fondamentale pour entrer dans le domaine législatif ou quasi législatif[166].

104. Même dans l'hypothèse où, *tractu temporis*, depuis l'entrée en vigueur de la convention, la responsabilité pénale du génocide ou de tout autre acte visé à l'article III serait étendue aux Etats, la validité de cette extension en l'espèce serait tout à fait discutable.

La problématique repose sur la nature de la clause compromissoire que constitue l'article IX de la convention. Il est certain que la reconnaissance de la compétence de la Cour à l'égard des différends relatifs à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la convention est antérieure à la règle générale du caractère facultatif de la compétence de la Cour en droit international. Cela a deux conséquences, sur le plan juridique et métajuridique. Sur le plan juridique, un précédent doit être interprété strictement[167], surtout lorsqu'il s'agit de restreindre les droits souverains des Etats. En l'espèce, la Cour a compétence à l'égard des différends «relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la *présente convention*» (les italiques sont de moi). En d'autres termes, en vertu de l'article IX de la convention, la Cour a compétence pour régler les différends relatifs aux *dispositions pertinentes de la convention* mais non les différends qui concernent les règles qui pourraient exister en dehors de son cadre même.

Sur le plan métajuridique, l'élargissement de la compétence de la Cour au-delà des dispositions de l'article IX de la convention aurait pour effet, en bonne logique, d'empêcher les Etats d'agir dans les autres différends. Le fait qu'un Etat soit manifestement disposé à accepter la compétence

[165] *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, deuxième partie, p. 7-18.

[166] «[O]n ne saurait exagérer la gravité du crime de génocide, et tout traité conçu en vue de sa répression mérite l'interprétation la plus extensive. Toutefois, la convention sur le génocide est un acte conçu pour produire des effets de droit en créant entre les Etats qui y sont parties des obligations juridiques; c'est pourquoi il nous a paru nécessaire de l'examiner en fonction de son fondement de droit.» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, opinion dissidente de M. Guerrero, sir Arnold McNair, MM. Read et Hsu Mo, p. 47.

[167] *C.P.J.I. série A n° 7*, p. 76.

Court on a broad basis would be strengthened by such a move on the part of the Court.

105. Article IX of the Convention stipulates that:

> "Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute."

If one attempts to determine the genuine meaning of the wording "responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III", several elements are of crucial importance.

(a) Article IX by its nature is a standard compromissory clause. As a procedural provision, it aims at determining the jurisdiction of the Court within the co-ordinates of "interpretation, application or fulfilment" of the material provisions of the Convention. Hence, interpretations of Article IX of the Convention may not *in concreto* go beyond the provisions on individual criminal responsibility stipulated in Article IV of the Convention (see para. 101 above). As is forcefully expressed in the joint separate opinion of Judges Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice in the *South West Africa* case:

> "The principle of interpretation directed to giving provisions their maximum effect cannot legitimately be employed in order to introduce what would amount to a revision of those provisions."[168]

(b) The wording "responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III" is abstract and broad in its vagueness, particularly in terms of the convention on criminal law "in which care should be taken to avoid giving the State a fictitious legal character, a procedure which should only be used in civil or commercial matters"[169]. What is more, the wording "responsibility of a State" is incorporated into the procedural provisions of the Genocide Convention. It is not used, however, in the operative part of the Convention to denote a possible consequence of committing the crime of genocide. The reason for such a solution is obviously to be traced in the option for individual criminal responsibility for genocide or related punishable acts.

For, as Manley Hudson concludes:

> "The article goes further, however, in 'including' among such disputes 'those relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article III'. As no other provision in the Convention deals expressly with State responsibility, it is

[168] *I.C.J. Reports 1962*, p. 468.
[169] N. Ruhashyankiko, *op. cit.*, p. 82, para. 314.

obligatoire de la Cour à titre général se trouverait corroboré si la Cour prenait une telle initiative.

105. L'article IX de la convention se lit comme suit:

> «Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend.»

Si l'on veut déterminer le sens véritable de l'expression «responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III», il faut s'arrêter sur plusieurs considérations décisives:

a) L'article IX est de la nature des clauses compromissoires classiques. Disposition de procédure, il vise à déterminer la compétence de la Cour dans le domaine délimité par «l'interprétation, l'application ou l'exécution» des dispositions en cause de la convention. C'est pourquoi aucune interprétation de l'article IX ne peut *in concreto* dépasser les dispositions relatives à la responsabilité pénale individuelle que contient l'article IV de la convention (voir ci-dessus par. 101). Comme l'ont exprimé avec vigueur sir Percy Spender et sir Gerald Fitzmaurice dans leur opinion dissidente commune dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*:

> «Le principe d'interprétation qui tend à donner aux dispositions leur maximum d'effet utile ne saurait légitimement être invoqué pour introduire ce qui équivaudrait à une revision de ces dispositions.»[168]

b) Le membre de phrase «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III» est abstrait et d'une ampleur floue, notamment du point de vue de la convention sur le droit pénal «où il faudrait éviter de donner à l'Etat le caractère d'une fiction juridique, procédé qui ne saurait être utilisé qu'en matière civile ou commerciale»[169]. De surcroît, le terme «responsabilité d'un Etat» apparaît dans les dispositions de procédure de la convention. Il n'est pas utilisé dans le dispositif pour qualifier une conséquence possible du crime de génocide. La raison en est manifestement que l'on a opté pour la responsabilité pénale individuelle en cas de génocide ou d'acte répréhensible connexe.

Manley Hudson conclut en effet:

> «L'article va plus loin cependant en déclarant «compris» les différends «relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III». Comme aucune autre disposition de la convention ne traite expres-

[168] *C.I.J. Recueil 1962*, p. 468.
[169] N. Ruhashyankiko, *op. cit.*, p. 82, par. 314.

> difficult to see how a dispute concerning such responsibility can be *included* among disputes relating to the interpretation or application or fulfilment of the Convention. In view of the undertaking of the parties in Article I to prevent genocide, it is conceivable that a dispute as to State responsibility may be a dispute as to fulfilment of the Convention. Yet read as a whole, the Convention refers to the punishment of individuals only; the punishment of a State is not adumbrated in any way, and it is excluded from Article V by which the parties undertake to enact punitive legislation. Hence the 'responsibility of a State' referred to in Article IX is not criminal liability."[170]

The genuine meaning of the wording "responsibility of a State" should hence be traced within the responsibility for the obligations entered into by the parties under the Convention. Primary responsibilities of the parties have been stipulated in Articles V and VI, and covering:

— an obligation to enact necessary legislation to give effect to the provisions of the Convention; and
— the obligation of instituting legal proceedings for punishable acts provided for by Article III of the Convention against persons charged in a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed.

Obligations of the Contracting Parties "to enact . . . the necessary legislation" and to punish persons who commit genocide and related acts constitute a form of international responsibility of the State, responsibility towards crucial interest of the international community as a whole, built into the norm prohibiting genocide.

Given the nature of these obligations, one could hardly disagree with the Special Rapporteur, Mr. N. Ruhashyankiko, that "at the present stage in the development of international criminal law, the State can bear only political responsibility for international crimes"[171], or perhaps, in more precise terms, the State can bear primarily political responsibility for a failure to perform obligations concerning the prohibition and punishment of international crimes.

(c) The qualification of a State as a responsible entity for the crime of genocide as a primarily political responsibility is not *a priori* exclusive of the civil responsibility of a State. The civil responsibility of a State in the matter of genocide may assume two forms of expression:

---

[170] M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, 1968, p. 857.

[171] Study of the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, prepared by Mr. N. Ruhashyankiko, Special Rapporteur, doc. E/CN.4/Sub.2/416, 4 July 1978, p. 38, para. 159.

sément de la responsabilité de l'Etat, on voit mal comment un différend dont cette responsabilité ferait l'objet pourrait être «compris» parmi les différends relatifs à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la convention. Comme les parties s'engagent à l'article premier à prévenir le génocide, on peut concevoir qu'un différend relatif à la responsabilité d'un Etat soit un différend relatif à l'exécution de la convention. Pourtant, si on la considère dans son ensemble, celle-ci ne vise que le châtiment des individus; elle n'entrevoit pas du tout la répression des Etats, exclue d'ailleurs à l'article V, où les parties s'engagent à prendre les mesures législatives nécessaires. La «responsabilité d'un Etat» dont il est question à l'article IX n'est donc pas la responsabilité pénale.»[170]

Le véritable sens du terme «responsabilité d'un Etat» est donc à rechercher à la lumière de la responsabilité des obligations assumées par les parties en vertu de la convention. Ces responsabilités primaires sont précisées aux articles V et VI, et elles couvrent:

— l'obligation de prendre les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la convention;
— l'obligation d'intenter contre les personnes accusées de l'un des actes énumérés à l'article III de la convention une action devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis.

L'obligation qu'ont les parties contractantes de «prendre ... les mesures législatives nécessaires» et de punir les personnes coupables de génocide ou d'actes relatifs au génocide constitue une forme de responsabilité internationale de l'Etat, responsabilité à l'égard des intérêts fondamentaux de la communauté internationale considérée dans sa totalité et inscrite dans la norme qui interdit le génocide.

Etant donné la nature de ces obligations, il est difficile de ne pas considérer comme le rapporteur spécial, M. N. Ruhashyankiko, que, «au stade actuel de développement du droit international pénal, l'Etat ne saurait avoir qu'une responsabilité politique pour les crimes internationaux»[171] ou, pour être peut-être plus précis, que l'Etat peut être politiquement responsable au premier chef s'il manque à assumer les obligations qui concernent l'interdiction et la répression des crimes internationaux.

c) Faire de l'Etat le responsable du crime de génocide, au sens de la responsabilité essentiellement politique, n'exclut pas à priori sa responsabilité civile. En matière de génocide, celle-ci a deux aspects:

[170] M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, 1968, p. 857.
[171] «Etude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide», N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, E/CN.4/Sub.2/416, 4 juillet 1978, p. 38, par. 159.

(i) civil responsibility for the crime of genocide committed in its own State territory; and
(ii) civil responsibility for the crime of genocide committed in the territory of another State.

In the eventuality contemplated by (i) above, it would be civil responsibility under internal law which is to be considered and adjudicated in its entirety by the internal judicial authorities of a contracting party.

A case falling under (ii) above would be different in terms of quality. Leaving aside the conditions in which a State may be responsible for genocide perpetrated in the territory of another State, civil responsibility would be characterized by two stages. The first stage would comprise a claim for reparations to the competent authorities of the State responsible for genocide and adjudicated in the procedure established by its own internal law. The second stage would involve an international litigation for the reparation of losses incurred by genocide, the parties to it being the State responsible for genocide and the State on whose territory genocide was perpetrated. In other words, it would be a case of the typical *international* civil responsibility of a State. Given the fact that the national, ethnic, racial or religious group, as an object safeguarded from the crime of genocide, has no *locus standi* in the Court, the State on whose territory the crime has been perpetrated should espouse the cause of the "national, ethnic, racial or religious" group after having exhausted local legal remedies.

I am convinced that the Genocide Convention provided for no international civil responsibility of States for the crime of genocide. Such a standing of the Convention on the matter of international responsibility may of course be qualified in more than one way, but it is difficult to infer any conclusion on the force of the concept of international civil responsibility within the fibre of the Convention, unless one strays into the area of legal construction. It is easy to accept the view that the international civil responsibility of States for the crime of genocide would strengthen the effectiveness of prohibition of the crime of genocide. However, in the present case, the question is reduced to the qualification of positive law concerning responsibility for genocide and not to the qualification of optimal solutions *in abstracto*. As suggested by Special Rapporteur Whitaker

> "when the Convention is revised consideration shall be given to including provisions for a State responsibility for genocide together with reparations"[172].

[172] Review of further development in fields which the sub-commission has been concerned with, revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide, prepared by Mr. V. Whitaker (E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 July 1985, p. 26, para. 54.

i) responsabilité civile pour le crime de génocide commis sur le territoire lui-même,
ii) responsabilité civile pour le crime de génocide commis sur le territoire d'un autre Etat.

Dans le premier cas, ce serait la responsabilité civile en droit interne qui serait évaluée, et jugée dans toute son étendue, par les autorités judiciaires nationales de la partie contractante.

Le deuxième cas est qualitativement différent. Si on laisse de côté les conditions dans lesquelles un Etat peut être tenu responsable d'un génocide commis sur le territoire d'un autre Etat, la responsabilité civile peut opérer en deux temps. La première phase comprend les demandes en réparation adressées aux autorités compétentes de l'Etat responsable du génocide et jugées selon les procédures établies par le droit interne de celui-ci. La deuxième phase comprend l'action entreprise devant la justice internationale en réparation des préjudices subis du fait d'un génocide, les parties en cause étant l'Etat responsable du génocide et l'Etat sur le territoire duquel celui-ci a été commis. C'est-à-dire que l'on retrouve le cas typique de la responsabilité civile *internationale* de l'Etat. Etant donné que le groupe national, ethnique, racial ou religieux qu'il s'agissait de mettre à l'abri du crime de génocide n'a pas devant la Cour de *locus standi*, c'est l'Etat sur le territoire duquel le crime a été perpétré qui doit épouser la cause de ce groupe «national, ethnique, racial ou religieux» une fois épuisés les recours prévus par le droit interne.

Je suis convaincu que la responsabilité civile internationale des Etats pour crime de génocide n'entre pas dans les prévisions de la convention. Si tel était le cas, cette disposition serait, cela va sans dire, susceptible de multiples analyses, mais il est difficile de tirer une quelconque conclusion sur la force qu'aurait alors la notion de responsabilité civile internationale dans la convention sans s'aventurer dans les conjectures juridiques. On admet facilement que le principe de la responsabilité civile internationale de l'Etat en cas de génocide renforcerait l'interdiction de celui-ci. En l'espèce, pourtant, la question porte sur la définition de la responsabilité pour génocide en droit positif et non pas sur les solutions qui seraient les meilleures *in abstracto*. Comme l'a dit M. Whitaker, rapporteur spécial:

> «Il est ... recommandé, lors de la revision de la convention, d'envisager ... d'inclure dans cet instrument des dispositions concernant la responsabilité des Etats en cas de génocide et la réparation de tels actes.»[172]

[172] Examen des faits nouveaux intervenus dans les domaines qui ont déjà fait l'objet d'un étude ou d'une requête de la part de la sous-commission — version revisée et mise à jour de l'«Etude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide», établie par M. B Whitaker (E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 juillet 1985, p. 30, par. 54).

SIXTH PRELIMINARY OBJECTION

106. With regard to the sixth preliminary objection raised by Yugoslavia, the Court finds that:

> "Bosnia and Herzegovina could become a party to the Convention through the mechanism of State succession. Moreover, the Secretary-General of the United Nations considered that this had been the case" (para. 20 of the Judgment)

and that

> "the Court does not consider it necessary, in order to decide on its jurisdiction in this case, to make a determination on the legal issues concerning State succession in respect to treaties which have been raised by the Parties. Whether Bosnia and Herzegovina automatically became party to the Genocide Convention on the date of its accession to independence on 6 March 1992, or whether it became a party as a result — retroactive or not — of its Notice of Succession of 29 December 1992, at all events it was a party to it on the date of the filing of its Application on 20 March 1993." (Para. 23 of the Judgment.)

107. I must say that, in my view, the opposite is the case. No one denies that Bosnia and Herzegovina "could become a party to the Convention through the mechanism of State succession". *However, the real question is not whether Bosnia and Herzegovina "could have become a party", for every new State has in principle that possibility, but whether it became a party to the Convention through the succession mechanism.* The fact that the Secretary-General "considered that this had been the case" is not of decisive importance, as the scope of depositary functions is clearly defined in positive international law. As stated in the Commentary to Article 77 (Functions of Depositaries) of the Convention on the Law of Treaties:

> a depositary has *a certain duty* to examine whether signatures, instruments and reservations are in conformity with any applicable provisions of the treaty or of the present articles, and if necessary to bring the matter to the attention of the State in question. *That is, however, the limit of the depositary's duty in this connexion. It is no part of the functions to adjudicate on the validity of an instrument or reservation.*"[173]

In other words it is firmly established that "the depositary *is not invested*

[173] UNCLT, First and Second Sessions, Vienna, 26 March-24 May 1968 and 9 April-22 May 1969, *Official Records* Documents of the Conference, p. 89, para. 4 (emphasis added).

SIXIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

106. Quant à la sixième exception préliminaire de la Yougoslavie, la Cour conclut que:

> «La Bosnie-Herzégovine pouvait devenir partie à la convention par l'effet du mécanisme de la succession d'Etats. Du reste, le Secrétaire général des Nations Unies a considéré que tel avait été le cas» (arrêt, par. 20),

et que

> «la Cour ne considère pas nécessaire, pour décider de sa compétence en l'espèce, de se prononcer sur les questions juridiques concernant la succession d'Etats en matière de traités qui ont été soulevées par les Parties. Que la Bosnie-Herzégovine soit devenue automatiquement partie à la convention sur le génocide à la date de son accession à l'indépendance le 6 mars 1992, ou qu'elle le soit devenue par l'effet — rétroactif ou non — de sa notification de succession du 29 décembre 1992, en tout état de cause, elle y était partie à la date du dépôt de sa requête, le 20 mars 1993.» (Par. 23.)

107. A mon avis c'est le contraire qui est vrai. Nul ne nie que la Bosnie-Herzégovine «pouvait devenir partie à la convention par le mécanisme de la succession d'Etats». *Mais la vraie question n'est pas de savoir si la Bosnie-Herzégovine pouvait «devenir partie», puisque tout nouvel Etat en a en principe la faculté, mais bien de savoir si elle est devenue partie à la convention par l'effet du mécanisme de la succession d'Etats.* Le fait que le Secrétaire général ait «considéré que tel avait été le cas» n'est pas décisif, ses fonctions de dépositaire ayant une portée clairement définie en droit international positif. Comme le dit le commentaire de l'article 72 («Fonctions des dépositaires») de la convention sur le droit des traités:

> «un dépositaire a, dans certaines limites, le devoir d'examiner si une signature, un instrument ou une réserve sont conformes aux dispositions applicables du traité ou des présents articles et, le cas échéant, d'appeler sur cette question l'attention de l'Etat en cause. *Mais le devoir du dépositaire à cet égard s'arrête là. Il n'entre pas dans les fonctions du dépositaire de se prononcer sur la validité d'un instrument ou d'une réserve.*»[173]

Autrement dit, il est bien établi que «le dépositaire *n'est habilité ni à sta-*

[173] Nations Unies, *Documents officiels de la conférence sur le droit des traités, première et deuxième session*, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, p. 96, par. 4 (les italiques sont de moi).

with any competence to adjudicate upon or to determine matters arising in connexion with the performance of its functions"[174].

In my opinion, the Court had to consider whether Bosnia and Herzegovina had become a party to the Convention on the basis of succession, at least vis-à-vis Yugoslavia, for two reasons:

— in the formal sense, there exists a dispute between Bosnia and Herzegovina and Yugoslavia in that the positions of the parties to the dispute in relation to "automatic succession" are radically opposed. While Bosnia and Herzegovina considers automatic succession to be a feature of positive international law and therefore contends that "it *has automatically succeeded* to the Genocide Convention"[175], Yugoslavia denies this, claiming that "the 'clean slate' rule has been and remains in force as a rule of customary international law for new States"[176].

(It should be noted that expressions such as "automatic succession to the Genocide Convention" or "has automatically succeeded to the Genocide Convention" are not sufficiently precise and are, consequently, incorrect. The objects of succession are not treaties as legal acts but concern the status of the parties to the concrete treaty and/or the rights and obligations stipulated by that treaty. If treaties as legal acts were the object of succession, then succession would also apply to treaties whose obligation has been performed, for they are as valid as before, albeit merely of historical interest, which is clearly not the case.)

— in the material sense, as Bosnia and Herzegovina did not express its consent to be bound by the Convention in the way prescribed by Article XI of the Convention, the rules of succession are the only possible basis on which Bosnia and Herzegovina could be considered a party to the Genocide Convention.

108. The Genocide Convention, by its nature, is a convention in the field of international criminal law. This is something which results from the very nature of the matter, and which hardly needs arguing. A convention which has, as its subject, the definition and punishment of genocide as a crime under international law, and whose provisions are implemented through national criminal legislation, could hardly be defined in a different way. Another consideration is that in a community like the international community, many conventions and other international legal acts have a direct or indirect humanitarian meaning. Such a meaning of

---

[174] UNCLT, First and Second Sessions, Vienna, 26 March-24 May 1968 and 9 April-22 May 1969, *Official Records*, Documents of the Conference, p. 89, para. 8 (emphasis added).

[175] Statement of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina on Preliminary Objections, 14 November 1995, para. 6.9 at p. 111 (emphasis added).

[176] Preliminary Objections of the Federal Republic of Yugoslavia, para. B.1.4.10.

tuer ni à prendre de décisions sur des questions liées à l'accomplissement de ses fonctions»[174].

A mon avis, la Cour devait se demander si la Bosnie-Herzégovine était devenue partie à la convention par le mécanisme de la succession, du point de vue en tout cas de la Yougoslavie, pour les deux raisons suivantes:

— Sur le plan formel, il y a un différend entre la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie parce que les positions des parties sur la «succession automatique» sont diamétralement opposées. Alors que la Bosnie-Herzégovine considère que la succession automatique fait partie du droit international positif et soutient par conséquent qu'elle a «*succédé automatiquement* à la convention sur le génocide»[175], la Yougoslavie le nie, soutenant que «le principe de la «table rase» est et demeure en vigueur en tant que norme de droit international coutumier pour les nouveaux Etats»[176].

(On notera que des expressions comme «succession automatique en ce qui concerne la convention sur le génocide» ou «est automatiquement devenue partie par succession à la convention sur le génocide» ne sont pas assez précises et sont pour cette raison incorrectes. L'objet de la succession n'est pas le traité, en tant qu'acte juridique, mais le statut des parties à un traité particulier et/ou leurs droits et leurs devoirs à l'égard de ce traité. Si les traités, en tant qu'actes juridiques, étaient l'objet de la succession, cela vaudrait aussi pour les traités dont les obligations ont été accomplies, qui seraient aussi valables qu'auparavant même s'ils n'ont plus qu'un intérêt historique, ce qui n'est évidemment pas le cas ici.)

— Sur le plan matériel, la Bosnie-Herzégovine n'ayant pas manifesté la volonté d'être liée par la convention dans les formes prescrites par l'article XI de celle-ci, les règles de succession sont le seul mécanisme que l'on peut invoquer pour dire qu'elle est effectivement partie à cette convention.

108. La convention sur le génocide est, par nature, un instrument conventionnel de droit international pénal. Cela tient à sa matière même, et n'a pas vraiment à être démontré. Une convention qui a pour objet de définir et de réprimer le génocide en tant que crime de droit international et dont les dispositions sont mises en application par le droit pénal de chaque pays pourrait difficilement se définir autrement. Il faut considérer aussi que, dans une communauté comme la communauté internationale, beaucoup de conventions et autres instruments juridiques internationaux ont une signification humanitaire directe ou indirecte. Cette signification

[174] Nations Unies, *Documents officiels de la conférence sur le droit des traités, première et deuxième session*, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, p. 97, par. 8 (les italiques sont de moi).

[175] Exposé du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine sur les exceptions préliminaires, 14 novembre 1995, par. 6.9, p. 65 (les italiques sont de moi).

[176] Exceptions préliminaires de la République fédérative de Yougoslavie, par. B.1.4.10.

international legal acts results unavoidably from the fact that, in the final analysis, the international community is *genus humanum*, that in a system whose original and basic subjects are abstract beings, the individual represents the final addressee of the legal rules. However, it could not be concluded from that that the Genocide Convention is a humanitarian convention, a convention which belongs to humanitarian law, because that term denotes the rules contained in conventions and international customs whose subject is "to reduce or limit the suffering of individuals, and to circumscribe the area within which the savagery of armed conflicts is permissible"[177] (in that sense it should be noted that the full name of the Geneva Conference of 1974-1977 which adopted Protocols I and II was "Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts").

The qualification of a convention or of other international legal acts as "humanitarian", on the basis of the direct or indirect significance of that convention for the legal status of individuals, would make the predominant part of international law a "humanitarian law". *Exempli causa*, the "humanitarian law" understood in such a way would include the instruments which regulate the position of the minorities, the right of peoples to self-determination, the conventions which punish acts of terrorism, and, in general, all conventions in the field of international criminal law.

The term "humanitarian convention" or "convention of humanitarian character" is used, so it seems, in order to stress the importance of the convention. However, terms like "humanitarian convention", "convention on human rights", etc., do not, logically speaking, denote the legal force of the convention, but rather its appurtenance to a *species*, in the system of international law. The importance of a convention may rather be expressed by other qualifications — in this concrete case by the qualification according to which the Genocide Convention represents a "general multilateral convention of universal interest".

109. Article 34 (Succession of States in Cases of Separation of Parts of a State) of the Convention on Succession in respect of Treaties (1978) stipulates *inter alia*:

> "1. When a part or parts of the territory of a State separate to form one or more States, whether or not the predecessor State continues to exist:
>
> *(a)* any treaty in force at the date of the succession of States in respect of the entire territory of the predecessor State continues in force in respect of each successor State so formed".

The relevant provision of the cited Article has been formulated in terms of automatic succession. Theoretically, it corresponds to the concept of

[177] J. G. Starke, *Introduction to International Law*, 1989, p. 553.

est la conséquence logique du fait qu'en dernière analyse la communauté internationale est le genre humain *(genus humanum)* et que, dans un système dont les sujets fondamentaux, les sujets originels, sont des entités abstraites, c'est en définitive l'individu que visent les règles du droit. On ne peut pourtant en conclure que la convention sur le génocide est une convention humanitaire, une convention qui ressortit au droit humanitaire, car ce terme désigne des règles consacrées par les traités et la coutume internationale ayant pour objet de «réduire ou limiter les souffrances des individus et circonscrire le domaine dans lequel est autorisée la sauvagerie des conflits armés»[177] (on rappellera d'ailleurs que le nom complet de la conférence de Genève de 1974-1976 qui a adopté les protocoles I et II était «Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés»).

Si l'on qualifiait d'«humanitaires» les conventions ou les autres instruments juridiques internationaux au vu de leur importance directe ou indirecte pour le statut juridique des individus, on transformerait la plus grande partie du droit international en «droit humanitaire». Ainsi conçu, le «droit humanitaire» engloberait tous les instruments relatifs au statut des minorités, au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, à la répression des actes de terrorisme et, d'une manière générale, toutes les conventions conclues dans le domaine du droit international pénal.

Le terme «convention humanitaire» ou «convention de nature humanitaire» sert apparemment à faire valoir l'importance de la convention dont il s'agit. Pourtant, les qualificatifs de «convention humanitaire» ou de «convention relative aux droits de l'homme», etc., ne renvoient pas, en toute logique, à l'autorité juridique de l'instrument: ils dénotent plutôt le fait que celui-ci appartient à une certaine catégorie, une *species*, de l'appareil du droit international. C'est d'une autre terminologie qu'il faut user pour exprimer l'importance d'une convention, et, dans les circonstances concrètes de notre affaire, dire que la convention sur le génocide est une «convention de portée générale multilatérale d'intérêt universel».

109. L'article 34 de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités de 1978 («Succession d'Etats en cas de séparation de parties d'un Etat») dispose notamment ce qui suit:

> «1. Lorsqu'une partie ou des parties du territoire d'un Etat s'en séparent pour former un ou plusieurs Etats, que l'Etat prédécesseur continue ou non d'exister:
>
> *a)* tout traité en vigueur à la date de la succession d'Etats à l'égard de l'ensemble du territoire de l'Etat prédécesseur reste en vigueur à l'égard de chaque Etat successeur ainsi formé».

La disposition pertinente de l'article cité a été formulée en termes de succession automatique. Elle répond sur le plan théorique à une conception

[177] J. G. Starke, *Introduction to International Law*, 1989, p. 553.

universal succession based on a strict analogy with the notion of inheritance in civil law and/or the concept on legal succession (substitution + continuation) according to which "the successor State under international law succeeds to its predecessor's rights and obligations, which become its own" *[translation by the Registry]*[178].

In concreto, the fundamental question is the qualification of the term "automatic succession" as stipulated by Article 34 of the Convention on Succession in respect of Treaties (1978), i.e., does it constitute *lex lata*, a part of positive international law — or not?

110. The answer to the fundamental question thus posed implies:

(a) a qualification of the solution established by Article 34 (1) of the Convention from the standpoint of treaty law;
(b) a qualification of that solution from the standpoint of the practice of States prior to the adoption of the Convention on Succession in respect of Treaties;
(c) a qualification of the practice of States after the Convention was adopted at the diplomatic conference in Vienna in August 1978.

Article 34 (Succession of States in Cases of Separation of Parts of a State) is an integral part of the Convention on Succession in respect of Treaties, hence the rule contained in it is a treaty rule and shares the fate of the Convention itself. Article 49 (Entry into Force) of the Convention stipulates that:

> "1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the fifteenth instrument of ratification or accession."

Since the condition for the coming into force of the Convention has not been fulfilled, the Convention has not become a part of the positive legal milieu. Consequently, the rule contained in Article 34 (1) is in a state of *lex ferenda*.

The rule contained in Article 34 (1) could, naturally, be *lex lata* outside the framework of the Convention as an expression of existing customary law. Does this rule merit the qualification of a customary rule?

The generally held view of customary law, endorsed by this Court[179], is that the creation of a rule of customary international law postulates: "two constitutive elements: (1) a general practice of States, and (2) the acceptance by States of the general practice as law"[180].

An analysis of practice in cases of separation of parts of a State when

[178] "Der Nachfolger des Völkerrechts aber tritt in Rechte und Pflichten seines Vorgängers so ein, als wären es seine eigenen" (H. M. Huber, *Beiträge zu einer Lehre von der Staatensuccession*, Berlin, 1897, p. 14).
[179] *Exempli causa, North Sea Continental Shelf* cases, *I.C.J. Reports 1969*, p. 44, para. 77.
[180] G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, 1967, p. 32.

de la succession universelle inspirée d'une stricte analogie avec la notion d'héritage en droit civil et/ou avec celle de succession légale (substitution + continuation) selon laquelle «[l']Etat successeur en droit international succède aux droits et obligations de son prédécesseur, qui deviennent les siens»[178].

In concreto, la question fondamentale est celle de la qualité de la «succession automatique» prévue à l'article 34 de la convention de 1978: relève-t-elle ou non de la *lex lata*, du droit international positif?

110. Pour répondre à cette question fondamentale, il faut:

a) évaluer la solution fixée au paragraphe 1 de cet article du point de vue du droit des traités;

b) l'évaluer aussi du point de vue de la pratique des Etats antérieure à la convention de 1978;

c) évaluer enfin la pratique des Etats postérieure à l'adoption de la convention en août 1978.

L'article 34 («Succession d'Etats en cas de séparation de parties d'un Etat») fait partie intégrante de la convention et la règle qu'il consacre est une règle de droit conventionnel qui a le même statut que la convention tout entière. L'article 49 de celle-ci («Entrée en vigueur»), dispose:

> «1. La présente convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra la date du dépôt du quinzième instrument de ratification ou d'adhésion.»

Comme cette condition n'a pas été remplie, la convention ne s'est pas inscrite dans le contexte du droit positif. Par conséquent, la règle fixée au paragraphe 1 de l'article 34 est encore de *lege ferenda*.

Cette règle pourrait évidemment relever de la *lex lata* en dehors du cadre de la convention si elle exprimait le droit coutumier existant. Mérite-t-elle ce qualificatif de règle de droit coutumier?

Dans la conception courante du droit coutumier, à laquelle la Cour a souscrit[179], la création d'une règle de droit international coutumier dépend de «deux éléments générateurs: 1) la pratique générale des Etats; 2) l'acceptation par les Etats de cette pratique générale en tant que règle de droit»[180].

L'analyse de la pratique internationale dans le cas où certaines parties

[178] «Der Nachfolger des Völkerrechts aber tritt in Rechte und Pflichten seines Vorgängers so ein, als wären es seine eigenen» (H. M. Huber, *Beiträge zu einer Lehre von der Staatensuccession*, Berlin, 1897, p. 14).

[179] Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 44, par. 77.

[180] G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, 1967, p. 32.

the predecessor State continues to exist suggests two principal conclusions:

(a) In quantitative terms it is difficult, if not impossible, to speak of a generalized practice in this respect. As the ILC loyally notes in its commentary on Article 33 (Succession of States in Cases of Separation of Parts of a State) and Article 34 (Position of a State Continues after Separation of Part of Its Territory) of its Draft: "During the United Nations period cases of separation resulting in the creation of a newly independent State . . . have been comparatively few."[181] Previous practice does not substantively affect the argument because "[b]efore the era of the United Nations, colonies were considered as being in the fullest sense territories of the colonial power", hence, "some of the earlier precedents usually cited . . . in cases of secession concerned secession of colonies"[182]. One could rather, and with greater justification, speak of a certain number of precedents;

(b) These precedents in the qualitative sense have in common an identical position regarding treaties of the predecessor State — new States were neither bound nor entitled *ipso jure* to the continuance of pre-independence treaties. In relation to the period prior to the foundation of the United Nations,

> "[t]he majority of writers take the view, supported by State practice, that a newly independent State begins its life with a clean slate, except in regard to 'local' or 'real' obligations"[183].

The practice in the United Nations era is presented in the commentary on Article 33 of the Draft (Article 34 of the Convention) with the cases of Pakistan and Singapore. The case of Pakistan is qualified as the application of the principle that on separation such a State has a "clean slate" in the sense that it is not under any *obligation* to accept the continuance in force of its predecessor's treaties[184]. As far as Singapore is concerned, in spite of the "devolution agreement" of 1965, it "adopted a posture similar to that of other newly independent States", that is, "[w]hile ready to continue Federation treaties in force, Singapore regarded that continuance as a matter of mutual consent"[185].

---

[181] Draft Articles on Succession of States in respect of Treaties with commentaries adopted by the International Law Commission at its twenty-sixth session, United Nations Conference on Succession of States in respect of Treaties, 1977 session and resumed session 1978, *Official Records*, Vol. III, Documents of the Conference, p. 92, para. 17.

[182] *Ibid.*, p. 91, para. 12.

[183] *Ibid.*, p. 41, para. 3.

[184] *Ibid.*, p. 92, para. 17.

[185] *Ibid.*, pp. 93-99, para. 18.

d'un Etat se séparent de celui-ci tandis que cet Etat continue d'exister amène à deux grandes conclusions:

a) Sur le plan quantitatif, il est difficile sinon impossible de parler d'une pratique généralisée. Comme le constate objectivement la Commission du droit international dans ses commentaires sur l'article 33 («Succession d'Etats en cas de séparation de parties d'un Etat») et sur l'article 34 («Cas de l'Etat qui subsiste après séparation d'une partie de son territoire») de son projet: «Depuis la création de l'ONU, les cas de séparation aboutissant à la création d'un Etat nouvellement indépendant ... ont été relativement peu nombreux.»[181] La pratique antérieure à cette période ne modifie pas fondamentalement cette conception car «Avant la création de l'ONU, les colonies étaient à tous points de vue considérées comme des territoires de la puissance coloniale» et «certains des précédents habituellement cités ... dans les cas de sécession concernaient la sécession de colonies»[182]. Il serait préférable et plus juste de parler de précédents assez nombreux.

b) Sur le plan qualitatif, ces précédents font apparaître une position identique à l'égard des traités de l'Etat prédécesseur: les Etats nouveaux n'étaient ni liés par ces traités ni habilités *ipso jure* à assurer la continuité des traités antérieurs à leur propre indépendance. Si l'on considère la période antérieure à la création des Nations Unies,

> «[l]a plupart des auteurs considèrent, et cette façon de voir est confirmée par la pratique des Etats, qu'un Etat nouvellement constitué «fait table rase», sauf pour ce qui est des obligations «locales» ou «réelles».[183]

Quant à la pratique de l'ère de l'Organisation des Nations Unies, elle est illustrée par le commentaire de l'article 33 du projet (article 34 de la convention), qui cite les exemples du Pakistan et de Singapour. Le cas du Pakistan est considéré comme un exemple d'application du principe selon lequel, au moment de sa sécession, le nouvel Etat se trouve devant une «table rase», au sens qu'il n'est nullement *obligé* d'accepter le maintien en vigueur des traités conclus par son prédécesseur[184]. Pour ce qui est de Singapour, et malgré l'«accord de dévolution» de 1965, ce pays «a adopté une attitude semblable à celle d'autres Etats nouvellement indépendants», à savoir que: «Tout en se montrant disposée à maintenir en vigueur les traités conclus par la Fédération en vigueur, Singapour considérait que le maintien en vigueur relevait du consentement mutuel.»[185]

---

[181] Projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités, avec commentaires, adopté par la Commission du droit international à sa vingt-sixième session, *Documents de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, session de 1977 et reprise de la session en 1978*, vol. III, p. 102, par. 17.

[182] *Ibid.*, p. 101, par. 12.

[183] *Ibid.*, p. 45, par. 3.

[184] *Ibid.*, p. 102, par. 17.

[185] *Ibid.*, p. 103 et suiv., par. 18.

The ILC viewed the case of Pakistan as a "special one"[186] probably because it prompted a legal opinion of the United Nations Secretariat. The relevant part of the opinion reads:

> "1. From the viewpoint of international law, the situation is one in which part of an existing State breaks off and becomes a new State. On this analysis there is no change in the international status of India; it continues as a State with all treaty rights and obligations of membership in the United Nations. The territory which breaks off, Pakistan, will be a new State, it will not have the treaty rights and obligations of the old State . . .
>
> In international law the situation is analogous to the separation of the Irish Free State from Britain, and of Belgium from the Netherlands. In these cases the portion which separated was considered a new State; the remaining portion continued as an existing State with all the rights and duties which it had before."[187]

This legal opinion was given in connection with the concrete issue concerning Pakistan's position in relation to the Charter of the United Nations, but its wording and argumentation clearly indicate that it was designed as an opinion of principle. In any event, there are clear indications that States interpreted it as a principled position of the United Nations with regard to the relationship of a part of a State territory which breaks off and becomes a new State, to the treaty rights and obligations of the old State[188].

111. It would appear that the main methodological approach of the Commission in drafting Article 34 of the Convention was based on the drawing of a distinction between two things:

(a) the obligation of the new State to continue to apply the treaties of its predecessor to its territory after the succession of States; and,

---

[186] United Nations Conference on Succession of States in respect of Treaties, 1977 session and resumed session 1978, *Official Records*, Vol. III, Documents of the Conference, p. 92, para. 17.

[187] Legal opinion of 8 August 1947 by the Assistant Secretary-General for Legal Affairs, approved and made public by the Secretary-General in United Nations Press Release PM/473, 12 August 1947 (*Yearbook of the International Law Commission*, 1962, Vol. II, p. 101.

[188] In the *note verbale* of its Permanent Mission to the United Nations received on 11 September 1963, the Government of Afghanistan bases its assertion that "Pakistan is not a successor to British treaty rights because Pakistan is a new State" precisely on the argument that the Secretary-General of the United Nations "denied the right of succession" to Pakistan — United Nations, *Legislative Series*, Materials on Succession of States, 1967 (ST/LEG/SER.B/14), p. 2, para. 3 *(a)* and footnote 1.

La Commission du droit international a considéré que le cas du Pakistan était «un peu spécial»[186], sans doute parce qu'il faisait l'objet d'un avis juridique du Secrétariat de l'ONU. Le passage pertinent de cet avis se lit comme suit:

> «1. Du point de vue du droit international, on se trouve en présence d'un cas où une partie d'un Etat se détache de lui et devient un nouvel Etat. Sous cet angle, il n'y a pas de changement dans le statut international de l'Inde; elle demeure un Etat, et conserve tous les droits et obligations découlant des traités et, par conséquent, tous les droits et obligations attachés à la qualité de Membre des Nations Unies. Le territoire qui se détache, le Pakistan, sera un nouvel Etat, qui n'aura pas les droits et obligations conventionnels de l'ancien Etat, et qui ne possédera évidemment pas la qualité de membre des Nations Unies.
>
> En droit international, la situation est analogue à ce qui s'est produit quand l'Etat libre d'Irlande s'est séparé de la Grande-Bretagne ou la Belgique des Pays-Bas. Dans ces cas, la partie qui s'est détachée a été considérée comme un nouvel Etat; la partie restante a subsisté comme Etat, avec la totalité des droits et devoirs qu'il avait auparavant.»[187]

Cet avis juridique concerne le problème concret que soulevait la position du Pakistan à l'égard de la Charte des Nations Unies, mais la façon dont il est formulé et l'argumentation qui y est développée montrent bien qu'il expose une position de principe. En tout état de cause, il est manifeste que les Etats l'ont interprété comme étant la position de principe de l'Organisation des Nations Unies sur les rapports entre la partie du territoire d'un Etat qui fait sécession pour devenir un Etat nouveau et les droits et les obligations conventionnels de l'ancien Etat[188].

111. Il semblerait que la démarche méthodologique retenue par la Commission pour rédiger l'article 34 de la convention consistait à se fonder sur la distinction établie entre deux éléments:

a) l'obligation du nouvel Etat de continuer de respecter les traités de son prédécesseur dans son territoire après la succession d'Etats;

---

[186] Projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités, avec commentaires, adopté par la Commission du droit international à sa vingt-sixième session, *Documents de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, session de 1977 et reprise de la session en 1978*, vol. III, p. 102, par. 17.

[187] Avis juridique rendu le 8 août 1947 par le Secrétaire général adjoint chargé des affaires juridiques, approuvé et rendu public par le Secrétaire général dans le communiqué de presse de l'ONU PM/473, 12 août 1947 (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1962, vol. II, p. 119).

[188] Dans la note verbale de sa mission permanente auprès de l'Organisation des Nations Unies en date du 11 septembre 1963, le Gouvernement afghan, qui affirme que «le Pakistan n'est pas Etat successeur en ce qui concerne le droit conventionnel britannique parce qu'il est un Etat nouveau», trouve précisément un argument dans le fait que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a «dénié le droit de succession» du Pakistan (*Série législative des Nations Unies*, documentation concernant la succession d'Etats, ST/LEG/SER.B/14, 1967, p. 2, par. 3 *a)* et note 1).

(b) the right of the new State to consider itself a party to those treaties in its own name after the succession of States[189].

The Commission proceeded explicitly from this distinction in formulating the provisions of Article 15 of the Draft Convention which stipulates that:

> "A newly independent State is not bound to maintain in force, or to become a party to, any treaty by reason only of the fact that at the date of the succession of States the treaty was in force in respect of the territory to which the succession of States relates."

If the Commission was guided by the practice of States in formulating the provisions of Articles 15 and 33 of the Draft (Articles 16 and 34 of the Convention) then a complete analogy has to be applied when one is determining the consequences of succession in the case of the creation of a newly independent State by secession from the metropolis and the creation of a State by the separation of parts of an existing State. In particular, in the period prior to the United Nations era, cases of "secession" concerned the "secession of colonies"[190]. In other words this is a virtually uniform practice, the practice in the case of Pakistan and Singapore, the only cases cited in the commentary to Article 33 of the Draft to illustrate the practice during the United Nations period, being characterized as the "clean slate" rule.

Making a distinction between the consequences of succession in the case of a newly independent State the territory of which immediately before the date of succession was a dependent territory, and the case of a new State formed by separation of a part of an existing State, and establishing different rules for these two cases — "clean slate" in the former and "automatic continuity" in the latter — the Convention undoubtedly went beyond the sphere of codification of existing practice and entered the sphere of progressive development.

The provision on "automatic continuity" could hardly be justified in a convention on succession even in the event that the new States, following the logic of the right to consider themselves as parties to the treaties in their own name after the succession of States, had uniformly accepted the rights and obligations stemming from the treaties of the predecessor State.

The very fact that we are dealing with the *right* of the new State "to consider itself a party to the treaties *in its own name*" (emphasis added), a right that has been operationalized in conformity with the rules of

---

[189] See Commentary to Article 15, Position in respect of the Treaties of the Predecessor State of the Draft Articles, United Nations Conference on Succession of States in respect of Treaties, 1977 session and resumed session 1978, *Official Records*, Vol. III, Documents of the Conference, p. 40, para. 2.

[190] *Ibid.*, p. 91, para. 12.

b) le droit du nouvel Etat de se considérer comme partie à ces traités, en son nom propre, après la succession d'Etats[189].

La Commission s'est explicitement fondée sur cette distinction pour formuler les dispositions de l'article 15 de son projet, lequel est ainsi conçu:

> «Un Etat nouvellement indépendant n'est pas tenu de maintenir un traité en vigueur ni d'y devenir partie du seul fait qu'à la date de la succession d'Etats le traité était en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'Etats.»

Si la Commission s'est inspirée de la pratique des Etats lorsqu'elle a élaboré les articles 15 et 33 de son projet (futurs articles 16 et 34 de la convention), il faut admettre une parfaite analogie quand on s'interroge sur les conséquences de la succession, d'une part, dans le cas de la création d'un Etat nouvellement indépendant par sécession d'une métropole et, d'autre part, dans le cas de la création d'un Etat par séparation de certaines parties d'un Etat existant. Pendant la période antérieure à la création des Nations Unies, les cas de «sécession» étaient, des cas de «sécession de colonies»[190]. En d'autres termes, la pratique est quasiment uniforme, telle que l'illustrent les cas du Pakistan et de Singapour, les seuls cités dans le commentaire de l'article 33 du projet comme exemplaires de la pratique de la période postérieure à la création des Nations Unies, caractérisée par la règle de la «table rase».

Faisant ainsi la distinction entre les conséquences de la succession dans le cas d'un Etat nouvellement indépendant dont le territoire était un territoire dépendant juste avant la date de la sécession, et le cas d'un Etat nouveau formé par séparation d'une partie d'un Etat existant, et prévoyant des règles différentes pour l'un et l'autre — la «table rase» pour le premier et la «continuité automatique» pour le second — la convention sortait assurément du domaine de la codification de la pratique existante pour entrer dans celui du développement progressif du droit.

La disposition relative à la «continuité automatique» serait difficile à justifier dans une convention sur la succession, même dans l'hypothèse où les nouveaux Etats, adoptant la logique qui les autoriserait à se considérer en leur nom propre comme parties aux traités après la succession, auraient uniformément accepté les droits et les obligations découlant des traités de l'Etat prédécesseur.

Le simple fait que nous traitions du *droit* du nouvel Etat «de se considérer comme partie aux traités *en son nom propre*» (les italiques sont de moi), droit rendu opératoire selon les règles du droit des traités fondées

[189] Voir le commentaire de l'article 15 («Position à l'égard des traités de l'Etat prédécesseur») du projet d'articles, *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, session de 1977 et reprise de la session en 1978*, vol. III, p. 45, par. 2.

[190] *Ibid.*, p. 101, par. 12.

treaty law based on the fundamental principle of consent, eliminates, within the logic of codification of existing practice, the construction on "automatic continuity" which is, by its meaning, an *obligation*. What could be open to debate as we are dealing with a right or authorization is whether that right or authorization, depending on the nature of the practice, is an ordinary or categorical authorization *(jus cogens)*. Even the uniform exercise of a right does not provide grounds for transforming the right into an obligation. *Per analogiam*, if on the basis of the authorizing norm contained in Article 33 of the Convention on the Law of the Sea (1982) a large majority of States were to proclaim a contiguous zone, that would not mean that the establishment of the zone would constitute an *obligation* of States. The consequences of such a practice would be the constitution of customary rules on the right of States to proclaim exclusive economic zones or *in concreto* the customary rule on the *right* of the successor State "to consider itself as a party to the predecessor State's treaties in its own name".

It is therefore not difficult to agree with the opinion of the Expert Consultant of the Conference, Sir Francis Vallat, that

> "[t]he rule [in Article 2 — Succession of States in Case of Separation of Parts of a State] was not based either on established practice or on precedent, it was a matter of the progressive development of international law rather than of codification"[191].

It was noted that, in the case of Article 34 of the Convention

> "the International Law Commission abandoned the 'clean slate' principle and introduced, on the contrary, a rule of continuity. It was clear that in doing so it had been aware of the fact that it was not simply reflecting the present state of the law, but was proposing progressive development. For 'clean slate' was part of general international law and would continue to be so, whatever solution was adopted in the Convention."[192]

Multilateral law-making conventions do not represent an exception since:

> "Succession to multilateral law-making conventions after separation or secession is a right, not an obligation. Multilateral law-making conventions establish a body of rules of international law. They do not create subjective rights of individual states. In case of succession no acquired right of a third party need be protected, by making it the successor's responsibility to perform it. No automatic change

[191] *Summary Records*, Committee of the Whole, 48th Meeting, 8 August 1978, p. 105, para. 10.

[192] Ritter, *The UN Conference on Succession in Respect of Treaties, Vienna, 31 July-23 August 1978*, pp. 52-55.

sur le principe essentiel du consentement, ce simple fait donc, exclut de la logique de la codification de la pratique existante le cas de figure de la «continuité automatique», qui, par son sens même, ne peut être qu'une *obligation*. Ce dont on pourrait débattre, puisqu'il s'agit d'un droit ou d'une faculté, c'est le point de savoir si ce droit ou cette faculté, au regard de la pratique, est ordinaire ou impératif (relevant du *jus cogens*). Qu'un droit soit exercé de manière constante ne suffit pas à le transformer en obligation. Par analogie, si la grande majorité des Etats, se prévalant de l'autorisation qui leur en est donnée à l'article 33 de la convention sur le droit de la mer de 1982, devait proclamer une zone contiguë, cela ne signifierait pas que la création d'une zone contiguë serait obligatoire. Cette pratique aurait pour conséquence d'instituer une coutume quant au droit à une zone économique exclusive, ou *in concreto* une règle coutumière relative au *droit* de l'Etat successeur «à se considérer partie, en son nom propre, aux traités auxquels était partie l'Etat prédécesseur».

On peut donc souscrire sans difficulté à ce que dit l'expert consultant de la conférence, sir Francis Vallat:

> «La règle [de l'article 2 — «Succession d'Etats en cas de séparation de parties d'un Etat»] ne se fonde pas sur une pratique bien établie ni sur des précédents; elle relève du développement progressif du droit international plutôt que de sa codification.»[191]

On a fait remarquer, à propos de l'article 34 de la convention que

> «la Commission du droit international a abandonné le principe de la «table rase» pour mettre à sa place la règle de la continuité. Ce faisant, elle ne pouvait ignorer qu'elle faisait davantage que traduire l'état courant du droit et qu'elle en proposait un développement progressif. Car la règle de la «table rase» faisait partie du droit international général et devait y rester indépendamment de la solution adoptée dans la convention.»[192]

Que des conventions créent du droit multilatéral n'est pas du tout singulier:

> «La succession en ce qui concerne les traités-lois multilatéraux, après séparation ou sécession, est un droit, ce n'est pas une obligation. Ces conventions constituent un corps de règles de droit international. Elles ne créent pas de droits subjectifs pour les Etats considérés individuellement. En cas de succession, il n'y a pas de droits acquis d'une tierce partie qu'il faudrait protéger en rendant l'Etat

[191] Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la commission plénière, 48e séance, 8 août 1978, p. 109, par. 10.

[192] Ritter, *The UN Conference on Succession in respect of Treaties, Vienna, 31 July-23 August 1978*, p. 52-55.

of attribution; in other words: no automatic succession, therefore, takes place."[193]

Finally, it is also worth examining the practice of States following the adoption on 22 August 1978 of the Convention on Succession in respect of Treaties, which was open for signature until 28 February 1979. Article 46 (Signature) of Chapter VII of the Convention stipulates

> "The present Convention shall be open for signature by all States until 28 February 1979 at the Federal Ministry for Foreign Affairs of the Republic of Austria, and subsequently, until 31 August 1979, at the United Nations Headquarters in New York."

The position of States regarding the Convention could hardly, even given a maximum degree of benevolence, be described as satisfactory. In the almost twenty years since the Convention was opened to ratification and accession, only 13 States have deposited instruments of ratification, accession or succession, so that not even the obviously modest requirement of 15 instruments of ratification or accession for the Convention to enter into effect has been fulfilled. This fact — *volens nolens* — is indicative of the attitude of States towards the Convention, regardless of the fact that the number of ratifications or accessions cannot, in itself, be considered conclusive with regard to the acceptance of the rules contained in a Convention which has not come into force. The practice of new States which have emerged since 1993 clearly shows that automatic succession is not accepted as a positive rule (Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 31 December 1993).

112. It follows from the above that the rule on automatic succession of multilateral treaties — *lex ferenda*, as matters now stand — has not been accepted in positive international law. However, it would be wrong to conclude from this that a new State begins life in the international community as a *tabula rasa*, a newborn in a legal vacuum deprived of all treaty rights and obligations. Such a state of affairs would be in contradiction with the very idea of an organized, *de jure* international community, an idea which does not recognize or tolerate the existence of any entity which is not directly or indirectly subject to the rule of law.

Moreover, treaty rights and obligations are subject to the division of rights and obligations effected in the well-known dictum of the Court in the case concerning *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited:*

> "[a]n essential distinction should be drawn between the obligations of a State toward the international community as a whole, and those

[193] K. Zemanek, "State Succession after Decolonization", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 116, 1965, p. 233.

successeur responsable du respect de ce droit. Il n'y a pas changement automatique d'attribution. Autrement dit, il n'y a pas de succession automatique.»[193]

Enfin, il n'est pas inutile de se pencher sur la pratique des Etats après l'adoption, le 22 août 1978, de la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, ouverte à la signature le 28 février 1979. L'article 46 («Signature») de la septième partie se lit comme suit:

> «La présente convention sera ouverte à la signature de tous les Etats de la manière suivante: jusqu'au 28 février 1979, au ministère fédéral des affaires étrangères de la République d'Autriche et ensuite, jusqu'au 31 août 1979, au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York.»

Il serait difficile, même avec le plus grand optimisme, de juger satisfaisante l'attitude des Etats à l'égard de la convention. Dans la vingtaine d'années, ou presque, qui s'est écoulée depuis qu'elle a été ouverte à ratification et à adhésion, treize Etats seulement ont déposé leurs instruments de ratification, d'adhésion ou de succession, et le seuil de quinze instruments, à l'évidence modeste, à partir duquel elle entre en vigueur n'a pas encore été atteint. Qu'on le veuille ou non, cela témoigne de ce que les Etats pensent de la convention, même si le simple nombre des ratifications ou des adhésions n'établit pas de façon concluante le degré d'acceptation des règles que contient un texte non entré en vigueur. La pratique des Etats apparus depuis 1993 montre de manière probante que la succession automatique n'est pas reconnue comme règle positive (voir «Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général — Etat au 31 décembre 1993»).

112. Il découle de ce qui précède que la règle de la succession automatique en matière de traités multilatéraux — *de lege ferenda* dans l'état actuel des choses — n'est pas reçue par le droit international positif. Cela ne signifie pas pour autant qu'un nouvel Etat entame sa vie au sein de la communauté internationale *tabula rasa*, comme un nouveau-né engendré dans un néant juridique, privé de tout droit ou de toute obligation conventionnels. Si tel était le cas, il y aurait contradiction avec la notion même de communauté internationale organisée *de jure*, notion qui exclut l'idée de reconnaître ou de tolérer l'existence de quelque entité que ce soit qui ne serait pas directement ou indirectement sujet de droit.

De surcroît, les droits et les obligations issus de traités sont soumis à la distinction établie dans le *dictum* bien connu de la Cour en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*:

> «Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son

[193] K. Zemanek, "State Succession after Decolonization", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 116, 1965, p. 233.

arising vis-à-vis another State . . . By their very nature, the former are the concern of all States."[194]

(Modern international law does not take the classical view according to which only custom, as a formal source, may *originally* constitute a norm of general international law, whereas a rule created by treaty, *per definitionem*, represents a particular norm which may possibly acquire the status of a norm of general international law *tractu temporis* by means of custom. This view played its part when the international community was primitive and undeveloped and when constructions like this were required to fill in the vast gaps in the positive law. Today such a concept is untenable both in theory and from the standpoint of positive law.

Theoretically, if it is rightly considered that the basis of the binding nature of general international law is the "will of the international community as a whole", general custom and comprehensive multilateral treaties are only the instrumentalization of that will. Their mutual relationship in value terms is determined by the inherent capacity of both sources to express that will. Any other approach implicitly introduces dualism into the foundation of the binding nature of international law for it is obvious that neither general custom nor general multilateral treaties imply unanimity, the agreement of all States. Therefore, to recognize custom as having an exclusive role in the generation of general international law is tantamount to a metaphysical joke (Lauterpacht speaks of "the mysterious phenomenon of customary international law which is deemed to be a source of law only on condition that it is in accordance with law" ("Sovereignty over Submarine Areas", 27 *British Year Book of International Law* 376, p. 394 (1950)); he also raises the question of "why custom is binding. The answer, beyond which it is in law not possible to go, is that it is the will of the international community that international law, in its various manifestations, shall be binding" (H. Lauterpacht, *International Law*, Collected Papers, 1, General Works, 1970, p. 58).

In positive legal terms, the capacity of general multilateral treaties to generate norms *jus cogens superveniens* has been established by the Convention on the Law of Treaties. The commentary on Article 50 of the Draft (Article 53 of the Convention) says *inter alia*: "a modification of a rule of *jus cogens* would today most probably be effected through a general multilateral treaty" — *Yearbook of the International Law Commission,* 1966, Vol. II, p. 248, para. 4. If a general multilateral treaty is capable of creating a norm of *jus cogens*, as the most perfect part of international law, then *a fortiori* it is capable of generating a norm of general international law.)

[194] *I.C.J. Reports 1970*, p. 32.

ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat ... par leur nature même, les premières concernent tous les Etats.»[194]

(Le droit international moderne ne reprend pas la position classique selon laquelle seule la coutume, source formelle de droit, peut *à l'origine* constituer une norme de droit international général, alors qu'une règle née par voie de traité représente *par définition* une norme particulière à laquelle le passage du temps peut éventuellement donner le statut de règle de droit international général en la rendant coutumière. Position utile lorsque la communauté internationale était embryonnaire, peu développée, et qu'il fallait bien trouver une solution pour combler les vastes lacunes que présentait le droit positif. Position aujourd'hui indéfendable, tant en théorie que du point de vue du droit positif.

Théoriquement, s'il est juste de considérer que le caractère obligatoire du droit international général trouve son fondement dans «la volonté de la communauté internationale dans son ensemble», la coutume générale et les traités multilatéraux de grande portée ne sont que la façon dont cette volonté s'exprime concrètement. La qualité juridique des rapports entre cette coutume et ces traités est déterminée par la capacité qu'ont l'un et l'autre moyen d'exprimer cette volonté. Toute autre façon de voir introduit une distinction implicite dans les fondements du caractère obligatoire du droit international, car il est évident que ni la coutume générale ni les grands traités multilatéraux n'exigent l'unanimité, le consentement de tous les Etats. Il s'ensuit qu'attribuer à la coutume un rôle exclusif dans la création du droit international général est une sorte de plaisanterie métaphysique (Lauterpacht parle du phénomène mystérieux concernant le droit international coutumier, qui est censé être une source de droit à la condition d'être conforme au droit («Souveraineté sur les zones sous-marines», *British Year Book of International Law*, 1950, vol. 27, p. 394); il se demande aussi «pourquoi la coutume est obligatoire. La réponse, au-delà de laquelle le droit ne permet pas d'aller, est que c'est la communauté internationale qui veut que le droit international, sous ses diverses manifestations, ait le pouvoir de s'imposer» (H. Lauterpacht, *International Law, Collected Papers*, 1, *General Works*, 1970, p. 58).

Sur le plan du droit positif, la capacité qu'ont les traités multilatéraux de portée générale de créer des normes de *jus cogens superveniens* a été fixée par la convention sur le droit des traités. Le commentaire de l'article 50 du projet de convention (qui sera l'article 53 du texte final) dit notamment: «une modification d'une règle impérative s'effectuera très probablement par voie de traité multilatéral général» (*Annuaire de la Commission du droit international 1966*, vol. II, p. 270, par. 4). Si un traité multilatéral général est capable de créer une norme de *jus cogens*, forme la plus accomplie du droit international, il est à fortiori, capable d'engendrer une norme du droit international général.)

[194] *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32.

General multilateral treaties adopted in the interest of the international community, being the instrumental form of expression of the will of the international community as a whole, operate *erga omnes* independently of contractual approval. The Genocide Convention is a case in point. As indicated by the International Court of Justice in its Advisory Opinion concerning *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, proceeding from the qualification of genocide as "a denial of the right of existence of entire human groups" which "is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations", "the principles underlying the Convention . . . are recognized by civilized nations as binding on States, *even without any conventional obligation*"[195].

Hence, the principles underlying the Genocide Convention are part of the *corpus juris cogentis*. Any new State is *a priori* subject to these rules since they express the universal interest of the international community as a whole[196].

113. The cited opinion of the Court raises a question of fundamental importance for these concrete proceedings — the question of the relationship between the principles underlying the Genocide Convention and the provisions of the Genocide Convention. This question has two dimensions — a quantitative and a qualitative one. The quantitative dimension of the question has to do with the relationship between underlying principles and the provisions of the Convention, i.e., whether those principles apply to the Convention as a whole. The answer to this question can, in my opinion, only be negative. The fundamental principles of international law underlying the Genocide Convention are manifested only in the substantive provisions of the Convention, the provisions defining its object and purpose. The transitional and final provisions of the Convention, to which should be added the procedural provisions regarding methods of settling disputes, are not such as to warrant being described as expressing the spirit and letter of the fundamental principles of international law. This is corroborated not only by the possibility of expressing reservations regarding these provisions but also by the effect of termination carried out in accordance with Article XIV of the Convention.

In qualitative terms the relationship between the "principles underlying the Convention" and the substantive provisions of the Convention is rele-

---

[195] *I.C.J. Reports 1951*, p. 23 (emphasis added).

[196] It might be concluded that, having in mind that nature of the principles underlying the Genocide Convention, the then Secretary-General Hammarsjköld warned the Congo authorities during United Nations operations in that country that the principles of the Convention must be held to govern even a new State like the Congo and to apply to subordinate political authorities within the Congo State (Annual Report of the Secretary-General 1960-1961, General Assembly, 16th Sess., Supp. No. 1, p. 11; Waldock, "General Course on Public International Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 106, 1962, p. 228).

Les traités multilatéraux généraux adoptés dans l'intérêt de la communauté internationale, qui sont la concrétisation de la volonté de l'ensemble de cette communauté, valent *erga omnes*, indépendamment de tout assentiment contractuel. La convention sur le génocide en est un exemple. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, en prenant pour point de départ le fait que le génocide se qualifie comme «le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers» qui est contraire à la fois à la morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies»: «les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats *même en dehors de tout lien conventionnel*»[195].

Ainsi, les principes sur lesquels s'appuie la convention sur le génocide font partie du *corpus juris cogentis*. Tout Etat nouveau est à priori soumis à ces principes, dans lesquels s'exprime l'intérêt universel de la communauté internationale tout entière[196].

113. L'avis de la Cour que je viens de citer soulève une question d'importance fondamentale dans le cas qui nous occupe, celle des rapports entre les principes qui sous-tendent la convention sur le génocide et les dispositions de celle-ci. Cette question a deux aspects, un aspect quantitatif et un aspect qualitatif. L'aspect quantitatif tient aux rapports entre les principes sur lesquels se fondent la convention et les dispositions de celle-ci: ces principes s'appliquent-ils à la convention dans son ensemble? A mon avis, on ne peut répondre que par la négative. Les principes fondamentaux du droit international qui sous-tendent la convention sur le génocide n'apparaissent que dans le corps du texte, dans les clauses définissant son objet et ses fins. Les dispositions transitoires et les dispositions finales, auxquelles il faudrait ajouter les dispositions de procédure concernant le règlement des différends, ne sont pas de celles dont on peut dire qu'elles explicitent l'esprit et la lettre des normes fondamentales du droit international. Cela se voit non seulement dans le fait qu'il est possible de faire des réserves sur ces dispositions, mais aussi dans le mécanisme de dénonciatin prévu à l'article XIV de la convention.

Pour ce qui est de l'aspect qualitatif, les rapports entre «les principes qui sous-tendent la convention» et les dispositions de fond de celle-ci

[195] *C.I.J. Recueil 1951*, p. 23 (les italiques sont de moi).

[196] On peut conclure que c'est en considération de cette qualité que l'ancien Secrétaire général, Dag Hammarsjköld, avait insisté auprès des autorités du Congo, pendant les opérations de l'Organisation des Nations Unies dans ce pays, pour que les principes de la convention s'imposent même à un Etat nouveau comme le Congo et soient respectés par les autorités politiques subalternes à l'intérieur de l'Etat congolais (rapport annuel du Secrétaire général 1960-1961, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, seizième session, supplément n° 1*, p. 10; Waldock, «General Course on Public International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 106, 1962, p. 228).

vant from the standpoint of whether the legal effect of those principles covers the substantive provisions of the Convention. These provisions of the Convention are the normative concretization of the "principles underlying the Convention", the transformation of the general — for practical purposes inoperable — categorical imperative into a series of concrete, particular categorical imperatives in the form of specific substantive provisions of the Convention.

In other words, the substantive provisions of the Genocide Convention, as the concretization of those principles, are interpretative in nature so that they share the cogent nature of the principles underlying the Convention.

If this were not the case, these lofty principles "recognized by civilized States as binding on States" would remain in the air, as a kind of monument to good intentions which never came to fruition.

For, if the provisions of the Genocide Convention were not a concretization of the principles underlying the Convention, the international community would be faced with insurmountable legal obstacles in the pursuit of its intention to eliminate the crime of genocide. Thus, *exempli causa*, non-party States would not be bound by the Convention's provisions which determine the substance of the crime of genocide or by the obligation to prevent and punish the crime of genocide.

114. In other words, Bosnia and Herzegovina as a new State is *a priori* bound by the substantive provisions of the Genocide Convention even without any conventional obligation. By formal accession to the Genocide Convention, with respect to the substantive provisions of the Convention, Bosnia and Herzegovina would merely confirm in contractual form the obligations by which it was bound independently of its will, obligations which are beyond the autonomous will of States.

The legal effect of accession to the Convention lies, primarily, in a commitment to those rules of the Convention which do not have a cogent nature, i.e., rules of a procedural nature such as *exempli causa*, the rules contained in Articles VIII, IX, XIV, XV or XVI of the Convention.

115. "Automatic succession" and "notification of succession" are mutually exclusive. The effect of automatic succession would consist of the automatic, *ipso jure* transfer of treaty rights and obligations from the predecessor State to the successor State. In that case, therefore, the succession does not occur as a result of the will of the successor but on the basis of the norm of international law which stipulates the transfer of treaty rights and obligations as a consequence of the replacement of one State by another in the responsibility for the international relations of territory. "Notification of succession" has a rational and legal justification only in cases in which the transfer of treaty rights and obligations or the modalities of that transfer depend on the will of the successor since, *ex definitione*, it represents "any notification, however phrased or named, made by a successor State *expressing its consent to be considered as*

permettent de déterminer si l'effet juridique des premiers s'étend aux deuxièmes. Les dispositions de fond de la convention sont l'expression normative des «principes qui sous-tendent la convention», la résolution d'un impératif catégorique général — inapplicable à toutes fins pratiques — en une série d'impératifs catégoriques particuliers et concrets, qui sont les diverses dispositions de la convention.

Cela revient à dire que les dispositions de fond de la convention sur le génocide, expression concrète des principes qui la sous-tendent, ont une valeur interprétative, à telle enseigne qu'elles participent de la force obligatoire qu'ont les principes eux-mêmes.

Si tel n'était pas le cas, ces principes de grande valeur «reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats», resteraient éthérés, comme le cénotaphe des bonnes intentions à jamais inaccomplies.

Si les dispositions de la convention sur le génocide n'étaient pas l'expression concrète des principes qui sous-tendent celle-ci, la communauté internationale devrait faire face à des obstacles juridiques insurmontables dans la poursuite de son intention d'éliminer le crime de génocide. Par exemple, les Etats non parties à la convention ne seraient pas liés par les dispositions de celle-ci qui définissent le génocide, ni tenus de l'obligation de prévenir et de réprimer ce crime.

114. En d'autres termes, la Bosnie-Herzégovine, Etat nouveau, est liée à priori par les dispositions fondamentales de la convention sur le génocide même en dehors de tout lien conventionnel. En adhérant formellement à la convention sur le génocide, la Bosnie-Herzégovine ne ferait, à l'égard des dispositions de fond de la convention, que confirmer par voie contractuelle des obligations auxquelles elle serait au demeurant tenue *volens nolens*, puisque ce sont des obligations qui n'obéissent pas au libre arbitre des Etats.

Les effets juridiques de l'adhésion à la convention sont essentiellement ceux d'une soumission aux règles de celle-ci qui ne sont pas d'ordre impératif, c'est-à-dire aux règles de procédure que fixent par exemple les articles VIII, IX, XIV, XV et XVI.

115. La «succession automatique» et la «notification de succession» s'excluent mutuellement. La succession automatique aurait pour effet de transférer automatiquement, *ipso jure*, les droits et les devoirs conventionnels de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur. La succession ne serait donc pas le résultat d'un acte de volonté de l'Etat successeur, mais l'effet d'une règle de droit international prévoyant le transfert des droits et des devoirs conventionnels en conséquence de la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire. La «notification de succession» ne se justifie sur le plan de la logique et sur le plan du droit que si le transfert des droits et des devoirs conventionnels, ou les modalités de ce transfert, sont subordonnés à la volonté de l'Etat successeur, puisqu'elle se définit comme «une notification, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat successeur, *expri-*

bound by the treaty"[197]. In other words, it is applied in cases when the successor State is not bound, by norms of objective international law, to continue to apply the treaties of its predecessor to its territory after the succession of States but is entitled, according to the relevant norm, to consider itself as a party to the treaties in its own name.

116. In this connection, the question is whether "notification of succession" is appropriate, *per se*, for expressing consent to be bound by treaty. The legitimacy of this question relies on two facts:

(i) the connection that exists between the rules on succession with respect to international treaties and the rules of treaty law, and
(ii) the meaning of the instrument of "notification of succession".

It is natural that the succession of States with respect to treaties has the closest links with the law of treaties itself and could be regarded as dealing with particular aspects of participation in treaties, the conclusion of treaties and the application of treaties.

Special Rapporteur Humphrey Waldock described these links as follows:

> "the Commission could not do otherwise than examine the topic of succession with respect to treaties within the general framework of the law of treaties . . . the principles and rules of the law of treaties seemed to provide a surer guide to the problems of succession with respect to treatis than any general theories of succession"[198].

Or as stated by O'Connell,

> "The effect of change of sovereignty on treaties is not a manifestation of some general principle or rule of State succession, but rather a matter of treaty law and interpretation."[199]

The determination of "notification of succession" given in Article 2 *(g)* of the Convention on Succession in respect of Treaties, as well as the practice of States in the matter, cast serious doubts as to the possibility of "notification of succession" as an instrument, *per se*, that acts as a means of binding by treaty.

The Convention on the Law of Treaties (1969) stipulates in Article 11 (Means of Expressing Consent To Be Bound by a Treaty):

> "The consent of a State to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratifica-

[197] Article 2 *(g)* of the Convention on Succession of States in respect of Treaties (emphasis added).
[198] *Yearbook of the International Law Commission*, 1968, p. 131, para. 52.
[199] D. P. O'Connell, *The Law of State Succession*, 1956, p. 15.

mant le consentement de cet Etat à être considéré comme lié par le traité»[197]. En d'autres termes, les dispositions de fond s'appliquent dans les cas où l'Etat successeur n'est pas tenu par le droit international objectif de continuer de respecter les traités des Etats qui l'ont précédé sur son territoire, mais où il a le droit, selon la règle, de se considérer comme partie aux traités en son nom propre.

116. De ce point de vue, la question qui se pose est celle de savoir si la «notification de succession» est, par elle-même, l'expression en bonne et due forme de la volonté d'être lié par un traité. Elle est légitime à un double titre:

i) à cause du lien qui existe entre les règles de succession en matière de traités internationaux et celles du droit des traités,
ii) à cause de la signification de l'instrument de «notification de succession».

Il est tout naturel que la succession d'Etats en matière de traités ait les liens les plus étroits avec le droit des traités lui-même et qu'on puisse la considérer comme réglant certains aspects de la conclusion et de l'exécution des traités et de la participation à ceux-ci.

Humphrey Waldock, rapporteur spécial, décrit ces liens en ces termes:

> «la Commission ne peut faire autrement qu'examiner la question de la succession d'Etats en matière de traités dans le cadre général du droit des traités ... La solution la plus sûre des problèmes de succession en matière de traités doit, semble-t-il, être recherchée dans le cadre des principes et des règles du droit des traités plutôt que dans celui d'une théorie générale de la succession.»[198]

Ou, comme le dit encore O'Connell:

> «L'effet qu'a sur les traités le changement de souveraineté n'est pas la manifestation de quelque principe général ni de quelque règle de la succession d'Etats; il ressortit plutôt au droit des traités et à leur interprétation.»[199]

La définition de la «notification de succession» qui est donnée au paragraphe *g)* de l'article 2 de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités et la pratique suivie par les Etats dans ce domaine font sérieusement douter du fait qu'une «notification de succession» soit, en tant qu'instrument, un moyen de consentir à être lié par un traité.

La convention sur le droit des traités de 1969 précise dans son article 11 («Moyens d'expression du consentement à être lié par un traité»):

> «Le consentement d'un Etat à être lié par un traité peut être exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un

[197] Paragraphe *g)* de l'article 2 de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités (les italiques sont de moi).
[198] *Annuaire de la Commission du droit international*, 1968, vol. I, p. 135, par. 52.
[199] D. P. O'Connell, *The Law of State Succession*, 1956, p. 15.

tion, acceptance, approval or accession, or by any other means if so agreed."

The formulation of Article 11 of the Convention on the Law of Treaties does not exclude the *possibility* of notification of succession being understood as a means of expressing approval to be bound by a treaty. The operationalization of this possibility implies, however, the agreement of the parties for, in the light of treaty law as expressed in Article 11 of the Convention, "notification of succession" undoubtedly comes under *"any other means"* of expressing consent to be bound by a treaty but is conditioned by the phrase "if so agreed". From this viewpoint, *"notification of succession" as a unilateral act of the State, constitutes a basis for a collateral agreement in simplified form between the new State and the individual parties to its predecessor's treaties.* Thus "notification of succession" actually represents an abstract, generalized form of the new State's consent to be bound by the treaties of the predecessor State — a form of consent which is, in each particular case, realized in conformity with the general rule of the law of treaties on expression of consent to be bound by a treaty contained in Article 11 of the Convention on the Law of Treaties and prescribed by provisions of the concrete Treaty.

An exception to the general rule according to which consent of the successor State to be bound by a treaty has to be expressed *ad casum* in conformity with Article 11 of the Convention on the Law of Treaties could be envisaged in the event that, outside and independently of the Convention, there exists a generally accepted rule according to which "notification of succession" is considered a specific means of binding new States by treaties. Grounds for such an interpretation are also provided by Article 73 of the Convention on the Law of Treaties: "The provisions of the present Convention shall not prejudge any question that may arise in regard to a treaty from a succession of States . . ."

There is no real evidence that such a rule exists. The Convention on the Law of Treaties which is, by its nature, a combination of codification and progressive development, does not make any mention in its Article 11 (Means of Expressing Consent To Be Bound by a Treaty) of "notification of succession" as such a means. This is particularly conspicuous in view of the fact that Article 11 is built on the premise of deformalization of the means of expressing consent to be bound by a treaty. The reason for such a state of affairs lies, in my opinion, in the still outstanding basic questions regarding the succession of States with respect to treaties.

"Notification of succession" can only have two basic meanings:

(a) it can represent a confirmation that the new State is bound by treaty and, in that case, it has only a declarative effect; and

(b) it can represent an instrument, however phrased or named, expressing consent of a successor State to be bound by the treaty.

traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu.»

La façon dont l'article 11 est formulé n'exclut pas la *possibilité* que la notification de succession soit pour l'Etat un moyen d'exprimer son consentement à être lié par un traité. La réalisation de cette possibilité suppose cependant l'accord des parties car, selon le droit des traités tel que l'illustre l'article 11 de la convention, la «notification de succession» est indubitablement un *«autre moyen»* d'exprimer son consentement à être lié par un traité, subordonné cependant à la condition qu'exprime le qualificatif «convenu». De ce point de vue, *«la notification de succession», en tant qu'acte unilatéral de l'Etat, constitue la base d'un accord accessoire en forme simplifiée entre le nouvel Etat et chacune des parties aux traités qui liaient l'Etat prédécesseur.* Ainsi donc, la «notification de succession» représente en fait un mode abstrait, générique, de la volonté du nouvel Etat d'être lié par les traités signés par l'Etat prédécesseur, une forme de consentement qui répond, dans chaque cas particulier, à la règle générale du droit des traités sur la manifestation de la volonté que fixe l'article 11 de la convention et aux modalités que prescrivent les dispositions pertinentes du traité considéré.

On peut imaginer une exception à la règle générale qui veut que le consentement de l'Etat successeur à être lié par un traité s'exprime *ad casum* en conformité avec l'article 11 de la convention sur le droit des traités: à savoir l'hypothèse où, en dehors et indépendamment de la convention, il existerait une règle généralement acceptée qui ferait de la «notification de succession» un moyen particulier de lier les nouveaux Etats par un traité. L'article 73 de la convention fournit d'ailleurs les motifs qui justifient une telle interprétation: «Les dispositions de la présente convention ne préjugent aucune question qui pourrait apparaître se poser à propos d'un traité du fait d'une succession d'Etats...»

Rien n'indique vraiment qu'une telle règle existe. La convention sur le droit des traités, qui est par nature la résultante de la codification et du développement progressif du droit, ne prévoit rien en son article 11, relatif aux modes d'expression du consentement à être lié par un traité, qui ferait de la «notification de succession» l'un de ces modes d'expression. Cela est d'autant plus frappant que cet article 11 repose sur la simplification des modalités de l'expression du consentement. Etat de chose qui s'explique à mon avis par le fait que des questions fondamentales restent à résoudre dans le domaine de la succession d'Etats en matière de traités.

Le terme «notification de succession» ne peut avoir que deux sens fondamentaux:

a) soit il désigne l'acte de confirmation du fait que le nouvel Etat est lié par traité et, en tel cas, la «notification» n'a qu'un effet déclaratoire;
b) soit il désigne un instrument, quel qu'en soit le libellé et quelle qu'en soit la désignation, dans lequel s'exprime le consentement de l'Etat successeur à être lié par un traité.

In the case of *(a)* above, the basic norm on the succession of States with respect to treaties is automatic succession — the rights and obligations stemming from treaties *ipso jure*, that are transferred from the predecessor State to the successor State by the very act of territorial change. In this case, "notification of succession" is essentially unnecessary. It would merely be information that a territorial change had occurred and that, as a result, the rule on the automatic transfer of rights and obligations stipulated by treaty had been activated.

In the case under *(b)* above, "notification of succession" is a means of expressing consent to be bound by a treaty. Since succession *per se* is not and cannot be an independent method of expressing consent to be bound by a treaty, except under the hypothesis of automatic succession, it follows that "notification of succession" can only be a descriptive notion, a collective term for various forms of expression of consent of a new State to be bound by a treaty.

The practice of States in the area of succession with respect to treaties is predominantly linked to the gaining of independence of former colonies from the metropolis. It is characterized by diversity and the absence of clear and precise rules. If any tendency can be said to be prevalent, it is that "a great many new States could be classified in a variety of 'pick and choose' categories"[200] which is by its meaning close to the "clean slate" concept. However, regardless of whether they have accepted the Nyerere formula and laid down a specified period for the review of treaties, which period would automatically lapse if not taken up by the new State before its expiry, or the Zambia formula, which assumed the continued application of many pre-independence treaties, but which laid down an unlimited period of review to determine which had lapsed or which had in practice been adopted if the new States considered them suited to their needs. Those new States adopted such treaties by sending appropriate notes to the depositary. The position on specific treaties was expressed in the form of "acceptance", "accession", and the like[201]. There are not many examples of the acceptance of a treaty by a successor expressed in the form of an instrument that could be called a "notification of succession". "Notification of succession" is rather a synthetic, collective term denoting various forms of new States being bound by the treaties of the predecessor State, and was developed primarily in the practice of the United Nations Secretary-General as the depositary of multilateral treaties. The term implies the existence of a rule of general international law on the transfer of rights and obligations stemming from multilateral treaties to which the predecessor State is a party, to the successor State which does not correspond to the actual state of affairs since:

[200] Kearney, *Yearbook of the International Law Commission*, 1968, Vol. I, p. 136.

[201] See *United Nations Legislative Series*, Materials on Succession of States (ST/LEG/SER.B/14), 1967, pp. 42 (11); 181; 224-229.

Au sens *a)*, la règle fondamentale de la succession d'Etats en matière de traités est celle de la succession automatique: les droits et les devoirs qui découlent des traités sont *ipso jure* transférés de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur par le fait même du changement territorial. Dans ce cas, la «notification de succession» n'est pas fondamentalement indispensable. Elle ne fait qu'annoncer s'il y a un changement de territoire et qu'en conséquence la règle du transfert automatique des droits et des devoirs découlant des traités a pris effet.

Au sens *b)*, la «notification de succession» est un moyen d'exprimer le consentement à être lié par un traité. Comme la succession n'est pas et ne peut être un moyen indépendant d'exprimer la volonté d'être lié par un traité, sauf dans l'hypothèse de la succession automatique, le terme «notification de succession» n'a qu'une valeur descriptive, ce n'est qu'une rubrique couvrant les diverses voies par lesquelles un Etat nouveau peut faire reconnaître son consentement à être lié par un traité.

La pratique de la succession en matière de traités concerne surtout l'accession d'anciennes colonies à l'indépendance par rapport à leur métropole. Elle se caractérise par sa diversité et par l'absence de règles claires et précises. Si l'on peut discerner une tendance plus marquée que les autres, c'est qu'«un grand nombre de nouveaux Etats se répartissent en diverses catégories correspondant à des solutions «au choix»[200], tendance proche de la «table rase». Pourtant, qu'ils aient accepté la formule Nyerere et fixé une période déterminée pour reconsidérer les traités, période qui expirerait automatiquement si elle n'était pas mise à profit par le nouvel Etat avant son échéance, ou qu'ils aient accepté la formule zambienne, qui postule la continuité d'application de beaucoup de traités antérieurs à l'indépendance mais ne limite pas les délais dans lesquels les traités doivent être déclarés caducs ou adoptés en pratique s'ils paraissent convenir, les nouveaux Etats ont souscrit aux traités en adressant les notifications voulues à leur dépositaire. Leur position à l'égard de tel ou tel traité s'est exprimée par «acceptation», «accession», etc.[201] Il n'y a pas beaucoup d'exemples d'un Etat successeur acceptant un traité par la voie d'un instrument que l'on pourrait appeler «notification de succession». Le terme «notification de succession» est plutôt une expression synthétique, collective, désignant les diverses modalités par lesquelles les nouveaux Etats se lient aux traités signés par l'Etat prédécesseur. La notion s'est essentiellement développée dans la pratique du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, en sa qualité de dépositaire des traités multilatéraux. Elle suppose l'existence d'une règle de droit international général prévoyant la dévolution à l'Etat successeur des droits et des devoirs découlant des traités multilatéraux auxquels l'Etat prédécesseur était partie, ce qui ne correspond pas à la réalité des choses, puisque:

[200] Kearney, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. I, p. 140.

[201] Voir *Série législative des Nations Unies*, documentation concernant la succession d'Etats, ST/LEG/SER.B/14, 1967, p. 42, par. 11, p. 181 et 224-229.

> "In spite of some evidence to the contrary, emanating mainly from diplomatic rather than legal sources, it is submitted that the general principle is that newly established States which do not result from a political dismemberment and cannot fairly be said to involve political continuity with any predecessor, start with a clean slate in the matter of treaty obligation, save in so far as obligations may be accepted by them in return for the grant of recognition to them or for other reasons, and except as regards the purely local or 'real' obligations of the State formerly exercising sovereignty over the territory of the new State."[202]

The practice of new States following the adoption of the Convention on Succession in respect of Treaties is heterogeneous but is clearly not heading in the direction of establishment of "notification of succession" as a specific means of binding new States by the treaties of the predecessor State.

117. Article XI of the Genocide Convention stipulates:

> "The present Convention shall be open until 31 December 1949 for signature on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State to which an invitation to sign has been addressed by the General Assembly.
>
> The present Convention shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.
>
> After 1 January 1950 the present Convention may be acceded to on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State which has received an invitation as aforesaid.
>
> Instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations."

It follows unequivocally from the cited Article that ratification and accession are the relevant means of expressing States' consent to be bound by the Genocide Convention. In its notification of succession of 29 December 199, Bosnia and Herzegovina states:

> "The Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina, having considered the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948 to which the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia was a party *wishes to succeed to the same* and undertakes faithfully to perform and carry out all the stipulations therein contained with effect from

[202] McNair, *Law of Treaties*, 1961, p. 601.

«Malgré certaines preuves qui attestent du contraire mais qui émanent surtout de sources plutôt diplomatiques que juridiques, on peut soutenir que le principe général est que les Etats nouvellement créés qui ne sont pas le résultat d'un démembrement politique, et dont on ne peut dire objectivement qu'ils assurent la continuité politique d'un prédécesseur quelconque, naissent vierges de toute obligation conventionnelle, sauf les obligations qu'ils auraient contractées en échange de la reconnaissance de leur qualité d'Etat ou pour toute autre raison et sauf les obligations purement locales ou «réelles» de l'Etat qui exerçait antérieurement la souveraineté sur le territoire du nouvel Etat.»[202]

La pratique des nouveaux Etats après l'adoption de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités n'est peut-être pas homogène, mais elle ne s'oriente pas du tout vers le choix de la «notification de succession» comme moyen spécial d'acceptation des traités conclus par l'Etat prédécesseur.

117. L'article XI de la convention sur le génocide est ainsi conçu:

«La présente convention sera ouverte jusqu'au 31 décembre 1949 à la signature au nom de tout Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout Etat non membre à qui l'Assemblée générale aura adressé une invitation à cet effet.

La présente convention sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

A partir du 1er janvier 1950, il pourra être adhéré à la présente convention au nom de tout Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout Etat non membre qui aura reçu l'invitation susmentionnée.

Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.»

Cet article signifie incontestablement que la ratification et l'adhésion sont les moyens par lesquels les Etats peuvent exprimer leur consentement à être liés par la convention sur le génocide. Dans sa notification de succession du 29 décembre 1992, la Bosnie-Herzégovine déclare ce qui suit:

«Le Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine, ayant examiné la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, à laquelle l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie était partie, *souhaite être le successeur de cette dernière* et s'engage à respecter et exécuter scrupuleusement toutes les clauses figurant dans ladite convention,

[202] McNair, *Law of Treaties*, 1961, p. 601.

6 March 1992, the date on which the Republic of Bosnia and Herzegovina became independent." (Emphasis added.)

The Secretary-General of the United Nations, acting in his capacity as depositary, communicated the following:

> "On 29 December 1992, the *notification of succession* by the Government of Bosnia and Herzegovina to the above-mentioned [Genocide] Convention was deposited with the Secretary-General, with effect from 6 March 1992, the date on which Bosnia and Herzegovina assumed responsibility for its international relations."[203]

On 15 June 1993, the Secretary-General received from the Government of Yugoslavia the following communication:

> "Considering the fact that the replacement of sovereignty on the part of the territory of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia previously comprising the Republic of Bosnia and Herzegovina was carried out contrary to the rules of international law, the Government of the Federal Republic of Yugoslavia herewith states that it does not consider the so-called Republic of Bosnia and Herzegovina a party to the [said Convention] but does consider that the so-called Republic of Bosnia and Herzegovina is bound by the obligation to respect the norms on preventing and punishing the crime of genocide in accordance with general international law irrespective of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide."

118. On the basis of the above general considerations as well as those relating directly to the "notification of succession" of Bosnia and Herzegovina, the following relevant conclusions can, in my view, be drawn:

The "notification of succession" of Bosnia and Herzegovina is not fully in harmony with the practice of States as expressed in the relevant provisions of the Convention on Succession in respect of Treaties. More particularly, the concept of "notification of succession" was developed in the practice of States specifically in connection with decolonization.

(The expression itself is rather imprecise. In United Nations practice such notifications are called — "declarations" (see Introduction to the Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 31 December 1991, and cited by the Court in paragraph 6 of the Order of 8 April 1993, note 4). "Notification" of a function is a rather loose qualification of the practice of States, in the form of a "note" without the suffix "of succession" (see United Nations, *Legislative Series*, Materials on Succession of States (ST/LEG/SER.B/14), 1967, pp. 225-228), to declare themselves bound uninterruptedly by multi-

[203] Communication from the Secretary-General of the United Nations dated 18 March 1993 (reference C.N.451.1992.Treaties-5 (Depositary Notification)), entitled "Succession by Bosnia and Herzegovina" (emphasis added).

avec effet à compter du 6 mars 1992, date à laquelle la Bosnie-Herzégovine est devenue indépendante.» (Les italiques sont de moi.)

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, agissant en sa qualité de dépositaire, a fait la communication suivante:

«Le 29 décembre 1992, la *notification de succession* du Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine à la convention [sur le génocide] a été déposée auprès du Secrétaire général, avec effet au 6 mars 1992, date à laquelle la Bosnie-Herzégovine a assumé la responsabilité de ses relations internationales.»[203]

Le 15 juin 1993 le Secrétaire général a reçu du Gouvernement yougoslave la communication suivante:

«Considérant que la substitution de souveraineté sur la partie du territoire de la République fédérative socialiste de Yougoslavie qui constituait antérieurement la République de Bosnie-Herzégovine s'est effectuée en violation des règles du droit international, le Gouvernement de la République fédérative de Yougoslavie déclare par la présente qu'il ne considère pas que la prétendue République de Bosnie-Herzégovine est partie à [ladite convention] et qu'il considère que la prétendue République de Bosnie-Herzégovine est tenue de l'obligation de respecter les règles de prévention et de répression du crime de génocide conformément au droit international général, indépendamment de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide.»

118. On peut à mon avis tirer de ces considérations générales et de celles qui portent directement sur la «notification de succession» de la Bosnie-Herzégovine, les conclusions suivantes:

La «notification de succession» de la Bosnie-Herzégovine n'est pas entièrement conforme à la pratique des Etats telle qu'elle est consacrée dans la convention sur la succession d'Etats en matière de traités. Pour être plus précis, le mécanisme de la «notification de succession» s'est développé dans le contexte spécial de la décolonisation.

(L'expression elle-même est assez imprécise. Dans la pratique des Nations Unies, ces notifications sont appelées «déclarations» (voir l'introduction au document «Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général — Etat au 31 décembre 1991», note 4, cité par la Cour au paragraphe 6 de son ordonnance du 8 avril 1993). La «notification» d'un acte est une manière assez floue de qualifier la pratique des Etats, qui consiste en une «note» — sans le complément «de succession» (voir *Série législative des Nations Unies* — Documentation concernant la succession d'Etats, ST/LEG/SER.B/14, 1967,

[203] Communication du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en date du 18 mars 1993, C.N.451.1992. *Treaties-5 (Depositary Notification)*, sous le titre «Succession by Bosnia and Herzegovina» (les italiques sont de moi).

lateral treaties concluded on their behalf by the parent State before the new State emerged to full sovereignty or to deposit their own instruments of acceptance of such treaties, effective from the date of deposit of the new instrument. It would therefore be more opportune to speak of a "declaration of entry into the treaty". Furthermore, the mentioned "notes", as a rule, represented a form of realization of conventional obligations assumed by "devolution agreements".)

The Genocide Convention does not envisage "notification of succession" as a means of expression of consent to be bound by the treaty so that in the concrete case at hand agreement would be required between Bosnia and Herzegovina and the individual parties to the Convention on acceptance of a "notification of succession" as a means of expressing consent to be bound by the Convention[204]. Yugoslavia, as a party to the Convention, submitted its reservation stating that it "does not consider the so-called Republic of Bosnia and Herzegovina a party [to the said Convention]" because the "replacement of sovereignty on the part of the territory of SFRY previously comprising the Republic of Bosnia and Herzegovina was carried out contrary to the rules of international law". Yugoslavia, by this reservation, disputed the status of the successor State of Bosnia and Herzegovina because the "replacement of one State by another in the responsibility . . ." constitutes only one, factual aspect of succession or, more precisely, a territorial change which provokes the question of succession in a legal sense. Hence the conclusion that follows is that no appropriate collateral agreement was reached between Bosnia and Herzegovina and Yugoslavia, so that notification of succession by Bosnia and Herzegovina does not have, vis-à-vis Yugoslavia, the legal effect of consent to be bound by the Genocide Convention. This was pointed out at the 965th meeting of the International Law Commission by Tabibi: "Succession with respect to treaties did not take place without an express provision of the treaty or the express consent of the other party."[205]

119. The Court implicitly takes the view that on the basis of the Dayton Agreement the Genocide Convention became applicable as between Bosnia and Herzegovina and Yugoslavia. Such a conclusion stems from its pronouncement that

> "even if it were to be assumed that the Genocide Convention did not enter into force between the Parties until the signature of the

[204] "In the absence of provisions which set specific conditions for succession or which otherwise restrict succession, the Secretary-General is guided by the participation clauses of the treaties as well as by the general principles governing the participation of States" ("Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties" (ST/LEG.8), p. 89, para. 297).

[205] *Yearbook of the International Law Commission*, 1968, Vol. I, p. 132, para. 64.

p. 225-228) — dans laquelle ils se déclarent liés de manière continue par les traités multilatéraux conclus en leur nom par l'Etat dont ils sont issus avant leur propre accession à la pleine souveraineté, ou sous le couvert de laquelle ils déposent leur instrument d'adhésion aux traités en question, cette adhésion prenant effet à la date du dépôt de cet instrument. Il vaudrait donc mieux parler d'une «déclaration d'acceptation d'un traité». De surcroît, les «notes» dont on vient de parler représentent en règle générale une façon d'accomplir les obligations conventionnelles découlant des «accords de dévolution».)

La convention sur le génocide ne prévoit pas la «notification de succession» parmi les moyens d'exprimer un consentement. Ainsi, dans le cas concret qui nous occupe, il faudrait qu'il y ait accord entre la Bosnie-Herzégovine et chacune des parties à la convention quant à la recevabilité d'une «notification de succession» pour que ce consentement soit exprimé[204]. La Yougoslavie, partie à la convention, a fait une réserve dans laquelle elle a déclaré qu'elle ne considérait pas «la prétendue République de Bosnie-Herzégovine comme partie [à ladite convention]» parce que «la substitution de souveraineté sur la partie du territoire de la République fédérative socialiste de Yougoslavie qui constituait antérieurement la République de Bosnie-Herzégovine s'est effectuée en violation des règles du droit international». En faisant cette réserve, la Yougoslavie a contesté le statut d'Etat successeur de la Bosnie-Herzégovine parce que «la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité...» n'est qu'un aspect, l'aspect factuel, de la succession ou, pour être plus précis, n'est qu'un changement territorial qui fait naître la question juridique de la succession. D'où l'on conclut qu'il n'y a eu aucun accord accessoire entre la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie et que la notification de succession de la Bosnie-Herzégovine n'a pas, à l'égard de la Yougoslavie, l'effet juridique d'un consentement à être lié par la convention sur le génocide. Cela rejoint une observation présentée par Tabibi à la 966e séance de la Commission du droit international: «Il ne peut y avoir de succession en matière de traités en l'absence d'une disposition expresse du traité lui-même ou sans le consentement exprès de l'autre partie.»[205]

119. La Cour adopte implicitement le point de vue selon lequel la convention est devenue applicable entre la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie sur la base des accords de Dayton. C'est ce qui découle de son affirmation:

> «à supposer même que la convention sur le génocide ne soit entrée en vigueur entre les Parties qu'à la signature des accords de Dayton-

[204] «En l'absence de dispositions fixant des conditions particulières de succession ou restreignant autrement le mécanisme de la succession, le Secrétaire général s'inspire des clauses d'acceptation des traités et des principes généraux qui régissent la participation des Etats.» («Précis de la pratique du Secrétaire général dépositaire de traités multilatéraux», ST/LEG.8, p. 89, par. 297.)

[205] *Annuaire de la Commission du droit international*, 1968, vol. I, p. 136, par. 64.

> Dayton-Paris Agreement, all the conditions are now fulfilled to found the jurisdiction of the Court *ratione personae*" (para. 26 of the Judgment).

In my opinion, such an interpretation is untenable.

Yugoslavia argues that the "Genocide Convention became applicable between the Parties to this case as from the signature of the Dayton Agreement of 1995" and that "it was only under the Dayton Agreement (particularly Annex 6 . . .) that the Parties in contention accepted the applicability of the Genocide Convention"[206]. It is a fact that in the absence of recognition, the contractual *nexus* between Bosnia and Herzegovina and Yugoslavia could not be established in the framework of the Genocide Convention. A mutual recognition of two States is the general condition for the establishment of the bilateral contractual *nexus*, since a contractual relationship between States represents a relationship *intuitu personae*.

Yugoslavia and Bosnia and Herzegovina recognized each other by Article X of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina[207]. Article X of the General Framework Agreement stipulates, *inter alia*, that

> "The Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Bosnia and Herzegovina recognize each other as sovereign independent States within their international borders."

In normal circumstances, the mutual recognition *per se* results in the establishment of the contractual *nexus* in the framework of a multilateral agreement between the countries which recognize each other, or between the State which extends recognition and the State which is being recognized. For reservations regarding the status of a party to the agreement of a State which is not recognized, are expressed, as a rule, in order not to establish a tacit collateral agreement between that State and the recognizing State, an agreement which represents *per se* a *de facto* recognition.

The circumstances in this concrete case could not be termed normal. In the notification addressed to the Secretary-General of the United Nations on 15 June 1993, Yugoslavia emphasized that "it does not consider the so-called Bosnia and Herzegovina a party to that [Genocide Convention]" since, in its opinion,

> "the replacement of sovereignty on the part of the territory of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia previously comprising the Republic of Bosnia and Herzegovina was carried out contrary to the rules of International Law".

In other words, Yugoslavia challenges, by the notification referred to, the legality of the genesis of Bosnia and Herzegovina as a State. It could, of course, be said that a recognition, as a rule, convalidates the defects in

[206] CR 96/6, p. 23.
[207] Doc. A/50/790, S/1995/999, 30 November 1995, p. 4.

> Paris, toutes les conditions sont à présent réunies pour fonder la compétence de la Cour *ratione personae*» (arrêt, par. 26).

Cette interprétation est à mon avis indéfendable.

La Yougoslavie a soutenu que «la convention sur le génocide est applicable entre les Parties au présent litige à compter de la signature des accords de Dayton de 1995» et que «ce n'est que dans ces accords de Dayton (notamment l'annexe 6...) que les Parties au présent litige ont admis l'applicabilité de la convention sur le génocide»[206]. En fait, sans acte de reconnaissance, le lien contractuel entre la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie ne pouvait être établi en ce qui concerne la convention sur le génocide. Cet acte de reconnaissance réciproque est une condition préalable générale à l'instauration entre deux Etats d'un lien contractuel bilatéral, puisqu'un rapport contractuel entre Etats est une relation *intuitu personae*.

La Yougoslavie et la Bosnie-Herzégovine se sont reconnues l'une et l'autre réciproquement aux termes de l'article X de l'accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine[207]. Cet article X dispose notamment:

> «La République fédérative de Yougoslavie et la République de Bosnie-Herzégovine se reconnaissent l'une l'autre comme Etats indépendants souverains à l'intérieur de leurs frontières internationales.»

Dans des circonstances normales, la reconnaissance mutuelle a en elle-même pour effet d'établir un *nexus* contractuel dans le contexte d'un accord multilatéral entre des pays qui se reconnaissent l'un l'autre, entre l'Etat qui reconnaît et l'Etat qui est reconnu. En général, le premier fait des réserves sur la participation de l'autre quand il ne reconnaît pas pour éviter que ne s'institue tacitement entre eux un accord accessoire qui constituerait en lui-même une reconnaissance *de facto*.

Mais les circonstances de l'affaire ne peuvent être qualifiées de normales. Dans la notification qu'elle a adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le 15 juin 1993, la Yougoslavie a souligné qu'elle «ne considérait pas la prétendue Bosnie-Herzégovine comme étant partie à [la] convention [sur le génocide]» car, à son avis,

> «la substitution de souveraineté sur la partie du territoire de la République fédérative socialiste de Yougoslavie qui constituait antérieurement la République de Bosnie-Herzégovine s'est effectuée en violation des règles du droit international».

En d'autres termes, la Yougoslavie conteste par cette notification la légitimité de la naissance de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat. On pourrait dire bien entendu qu'en règle générale un acte de reconnaissance

[206] CR 96/6, p. 23.
[207] Doc. A/50/790, S/1995/999, 30 novembre 1995, p. 4.

the genesis of a State. Such a conclusion could be drawn from the very nature of the recognition of the new State, since "To recognize a political community as a state is to declare that it fulfils the conditions of statehood as required by International Law."[208] This specific case could be qualified as an exception from the general rule, for two basic reasons:

Primo, Yugoslavia insisted, even after the signature of the Dayton Agreement, that Bosnia and Herzegovina was constituted in an illegal way. A clear and unequivocal proof of that is the content of the third objection. The fact that Yugoslavia withdrew, during the procedure, its fourth preliminary objection which concerned the factual non-existence of Bosnia and Herzegovina in the administrative borders of that former federal unit, but continued to argue that Bosnia and Herzegovina was constituted *contra legem*, leads one to the conclusion that the recognition of Bosnia and Herzegovina by Yugoslavia in the Dayton Agreement had only the function of acknowledging

> "as a fact . . . the independence of the body claiming to be a State and . . . declar[ing] the recognizing State's readiness to accept the normal consequences of that fact, namely, the usual courtesies of international intercourse"[209]

while keeping its attitude towards the legality of the constitution of Bosnia and Herzegovina as an independent State.

Secundo, in its third preliminary objection Yugoslavia claims, *inter alia*, that the norm on the "equal rights and self-determination of peoples" is a peremptory norm of general international law *(jus cogens)*. If that argument could be proved to be correct, then the recognition, even if conceived and designed as convalidation, would be without legal effect, since the norms of *jus cogens* as the absolute, unconditional imperative, cannot be derogated by *inter se* agreements.

Outside the context of recognition, the Dayton Agreement does not touch the relations between the Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Bosnia and Herzegovina as parties to the Genocide Convention. The allegation that "under the Dayton Agreement (particularly Annex 6 . . .) . . . the Parties in contention accepted the applicability of the Genocide Convention"[210] has no foothold in the text of the Dayton Agreement.

Annex 6 of the Dayton Agreement, which is invoked as the basis of the application of the Genocide Convention in this specific case, represents, in fact, the "Agreement on Human Rights", whose parties are — the

[208] H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 1947, p. 6.
[209] L. Brierly, *The Law of Nations*, 1963, p. 138.
[210] CR 96/6, p. 24.

remédie au vice de la naissance d'un Etat. C'est l'essence même de la reconnaissance d'un Etat nouveau: «Reconnaître la qualité d'Etat à une communauté politique c'est déclarer qu'elle répond aux conditions qui définissent la qualité d'Etat en droit international.»[208] La présente affaire pourrait être considérée comme faisant exception à cette règle générale, et ce pour deux raisons fondamentales:

Primo, la Yougoslavie n'a cessé de soutenir, même après la signature des accords de Dayton, que la Bosnie-Herzégovine avait été instituée de manière illégale, ce qu'atteste de manière patente et incontestable la troisième exception préliminaire. Le fait que la Yougoslavie ait renoncé, au cours de la procédure, à soulever sa quatrième exception, dans laquelle elle alléguait l'inexistence de fait de la Bosnie-Herzégovine dans les limites administratives de l'ancienne entité fédérale, tout en continuant d'affirmer que la Bosnie-Herzégovine s'était constituée *contra legem*, amène à conclure que la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine par la Yougoslavie dans les accords de Dayton n'avait d'autre but que de reconnaître

> «en tant que fait ... l'indépendance de l'entité prétendant être un Etat et ... de faire connaître la volonté de l'Etat accordant sa reconnaissance d'accepter les conséquences normales de ce fait, à savoir les égards d'usage dans les relations internationales»[209],

sans que la Yougoslavie renonce pour autant à sa position sur l'illécéité de la constitution de la Bosnie-Herzégovine en Etat indépendant.

Secundo, dans sa troisième exception préliminaire, la Yougoslavie a notamment soutenu que le principe de «l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes» était une norme impérative du droit international général *(jus cogens)*. Si la valeur de cet argument pouvait être établie, la reconnaissance, même conçue et réalisée comme un acte de validation à posteriori, serait sans effet juridique, puisqu'on ne peut déroger par convention *inter se* aux normes de *jus cogens*, qui sont des impératifs absolus et inconditionnels.

Hormis le domaine de la reconnaissance, les accords de Dayton ne disent rien des relations entre la République fédérative de Yougoslavie et la République de Bosnie-Herzégovine en tant que parties à la convention sur le génocide. L'allégation selon laquelle «dans [les] accords ... (notamment l'annexe 6...) ... les Parties au présent litige ont admis l'applicabilité de la convention sur le génocide»[210] ne s'appuie sur rien dans le texte des accords.

L'annexe 6 des accords de Dayton, ici invoquée comme base de l'applicabilité de la convention sur le génocide, contient en fait un «accord relatif aux droits de l'homme» auquel sont parties la République de Bosnie-

[208] H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 1947, p. 6.
[209] L. Brierly, *The Law of Nations*, 1963, p. 138.
[210] CR 96/6, p. 24.

Republic of Bosnia and Herzegovina, the Federation of Bosnia and Herzegovina, and Republika Srpska. The only connection between Yugoslavia and Annex 6 consists in the fact that Yugoslavia, together with the Republic of Croatia and the Republic of Bosnia and Herzegovina, by virtue of Article VII of the General Framework Agreement

> "agree to and shall fully comply with the provisions concerning human rights set forth in Chapter One of the Agreement at Annex 6, as well as the provisions concerning refugees and displaced persons set forth in Chapter One of the Agreement at Annex 7".

Chapter One of the Agreement on Human Rights contains a list of individual, mainly classical, personal and political rights and liberties which the "Parties [the Republic of Bosnia and Herzegovina, the Federation of Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska] shall secure to all persons within their jurisdiction" (Art. I of the Agreement). Article VII of the General Framework Agreement is the contractual confirmation, phrased in a general way, of the obligation of the respect of basic human rights and freedoms enumerated in Article I of the Agreement on Human Rights, which the parties to the General Framework Agreement are bound to respect as parties to the instruments which contain them, and in some cases as cogent rules, independently of their acceptance. Therefore, the purpose of Article VII of the General Framework Agreement is rather in the field of political reasoning, the reasoning which starts from the need to engage politically the subjects outside Bosnia and Herzegovina in the implementation of the Dayton Agreement, and less as imposing concrete obligations regarding human rights as contained in Chapter One of the Agreement on Human Rights.

In other words, in this specific case, the recognition as a general condition for the establishment of the bilateral contractual *nexus* is not sufficient to enable me to consider the Genocide Convention applicable in the relations between Yugoslavia and Bosnia and Herzegovina. It results from the circumstances of the case that, for that purpose, a qualifactory condition is also indispensable, and that condition would consist of the absence of the notification of Yugoslavia addressed to the Secretary-General of the United Nations on 15 June 1993, which represents, by its material meaning, a reservation made by Yugoslavia with the effect of preventing the establishment of the mentioned *nexus*, and in the absence of the fourth preliminary objection regarding the legality of the constitution of Bosnia and Herzegovina as a State. Therefore, the mutual recognition given in the form of Article 7 of the General Framework Agreement may be qualified as the recognition of the creation of Bosnia and Herzegovina in the factual sense of the word, but with a reservation regarding the legality of its constitution. With respect to the fulfilment of this qualificative condition in the relations between Yugoslavia and Bosnia and Herzegovina, the provision given *in fine* of Article X of the Agreement is relevant, and reads "[f]urther aspects of their mutual recognition will be subject to subsequent discussions".

Herzégovine, la Fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska. Le seul rapport qu'il y a entre cette annexe 6 et la Yougoslavie est que celle-ci, comme la République de Croatie et la République de Bosnie-Herzégovine, s'est engagée aux termes de l'article VII de l'accord-cadre général, à

> «appliqu[er] entièrement les dispositions relatives aux droits de l'homme énoncées au titre premier de l'annexe 6, ainsi que les dispositions relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées énoncées au titre premier de l'annexe 7».

Le titre premier de l'accord relatif aux droits de l'homme énumère des libertés et des droits personnels et politiques essentiellement classiques que les «parties [la République de Bosnie-Herzégovine, la Fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska] garantissent à toutes les personnes placées sous leur juridiction» (article premier de l'accord). L'article VII de l'accord-cadre est la confirmation contractuelle, formulée en termes généraux, de l'obligation de respecter les droits fondamentaux énumérés à l'article premier de l'accord relatif aux droits de l'homme, que les parties à cet accord-cadre sont tenues de respecter parce qu'elles sont parties aux instruments qui consacrent ces droits, et parce qu'il s'agit dans certains cas de principes impératifs qui s'imposent d'eux-mêmes. Ainsi donc, l'objet de l'article VII de l'accord-cadre relève de la logique politique, dont la prémisse est la nécessité de faire participer des sujets qui ne se trouvent pas en Bosnie-Herzégovine à l'exécution des accords de Dayton, plutôt qu'il ne vise à imposer des obligations concrètes à l'égard des droits énumérés au titre premier de l'accord relatif aux droits de l'homme.

Je dirai en d'autres termes que la reconnaissance, condition préalable générale à la création du *nexus* contractuel bilatéral, n'est pas suffisante dans ce cas précis pour me faire admettre que la convention sur le génocide s'applique aux relations entre la Yougoslavie et la Bosnie-Herzégovine. Les circonstances de l'affaire m'amènent à conclure qu'il faudrait aussi pour cela que soit satisfaite une condition qualificative, celle de l'inexistence de la notification adressée par la Yougoslavie au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le 15 juin 1993. Par son contenu, cette notification est en effet une réserve que fait la Yougoslavie pour empêcher que ne s'établisse le *nexus* dont je parlais, et ce en l'absence de la quatrième exception préliminaire relative à la légalité de la création de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat. La reconnaissance mutuelle formalisée par l'article VII de l'accord-cadre peut donc être qualifiée de reconnaissance de la création de la Bosnie-Herzégovine au sens factuel du terme, assortie cependant d'une réserve quant à la légalité de cette création. Pour ce qui est de la réalisation de la condition qualificative des relations entre la Yougoslavie et la Bosnie-Herzégovine, la disposition qui figure *in fine* à l'article X de l'accord est ici pertinente: «Les autres aspects de leur reconnaissance réciproque feront l'objet de nouveaux pourparlers.»

SEVENTH PRELIMINARY OBJECTION

120. The position of the Court regarding its jurisdiction *ratione temporis* can be summarized by the following part of paragraph 34 of the Judgment, in which it finds:

> "that the Genocide Convention — and in particular Article IX — does not contain any clause the object or effect of which is to limit in such manner the scope of its jurisdiction *ratione temporis*, and nor did the Parties themselves make any reservation to that end, either to the Convention or on the occasion of the signature of the Dayton-Paris Agreement. The Court thus finds that it has jurisdiction in this case to give effect to the Genocide Convention with regard to the relevant facts."

Concerning the jurisdiction of the Court *ratione temporis*, the situation is, in my opinion, clear — according to the rule of general international law, expressed in paragraph 3 of Article 24 (Entry into Force) of the Convention on the Law of Treaties:

> "When the consent of a State to be bound by a treaty is established on a date after the treaty has come into force, the treaty enters into force for that State on that date, unless the treaty otherwise provides."

Article IX of the Genocide Convention is a procedural provision of the Convention and, being an integral part of it, shares the Convention's destiny or, to put it more precisely, the destiny of its contractual provisions. Consequently, if the Convention does not have a retroactive effect — and it obviously does not — then its Article IX likewise has no such effect. So, as the general rule of non-retroactivity stipulates, the Convention is applied to the events and situations which took place after it had come into effect in relation to Bosnia and Herzegovina or, in the circumstances of the present case, when the Convention became applicable between Bosnia and Herzegovina and Yugoslavia.

The analogy which the Court has drawn between this case and *Mavrommatis Palestine Concessions* (para. 26 of the Judgment) does not seem convincing. One can rather speak of an analogy between this case and the *Ambatielos* case to the effect that:

> "To accept this theory would mean giving retroactive effect to Article 29 of the Treaty of 1926, whereas Article 32 of this Treaty states *that the Treaty, which must mean all the provisions of the Treaty*, shall come into force immediately upon ratification. Such a conclusion might have been rebutted if there had been any special clause or any special object necessitating retroactive interpretation. *There is no such clause or object in the present case. It is therefore impossible to hold that any of its provisions must be deemed to have been in force earlier.*"[211]

[211] *Ambatielos, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 40 (emphasis added).

SEPTIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

120. La position de la Cour quant à sa compétence *ratione temporis* se trouve résumée dans le passage suivant du paragraphe 34 de l'arrêt:

> «la convention sur le génocide — et en particulier son article IX — ne comporte aucune clause qui aurait pour objet ou pour conséquence de limiter de la sorte l'étendue de sa compétence *ratione temporis*, et ... les Parties elles-mêmes n'ont formulé aucune réserve à cet effet, ni à la convention, ni à l'occasion de la signature des accords de Dayton-Paris. La Cour constate ainsi qu'elle a compétence en l'espèce pour assurer l'application de la convention sur le génocide aux faits pertinents.»

Pour ce qui est de la compétence *ratione temporis* de la Cour, la situation est à mes yeux fort claire, au regard de la règle de droit international général consacrée au paragraphe 3 de l'article 24 («Entrée en vigueur») de la convention sur le droit des traités:

> «Lorsque le consentement d'un Etat à être lié par un traité est établi à une date postérieure à l'entrée en vigueur dudit traité, celui-ci, à moins q'il n'en dispose autrement, entre en vigueur à l'égard de cet Etat à cette date.»

L'article IX de la convention sur le génocide est une disposition de procédure et, faisant partie intégrante de la convention, partage le sort de celle-ci ou, pour être plus précis, le sort de ses dispositions contractuelles. Par conséquent, si la convention n'a pas d'effet rétroactif — elle n'en a pas, cela va sans dire —, l'article IX n'a pas non plus d'effet rétroactif. Ainsi, en vertu du principe général de non-rétroactivité, la convention ne s'applique qu'aux événements et aux situations qui se sont produits après qu'elle est entrée en vigueur à l'égard de la Bosnie-Herzégovine ou, dans les circonstances de la présente affaire, après qu'elle est devenue applicable entre la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie.

L'analogie que la Cour a établie entre la présente affaire et celle des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (arrêt, par. 26) ne me semble pas convaincante. S'il y a une analogie, c'est plutôt avec l'affaire *Ambatielos*:

> «Accepter cette théorie serait conférer un effet rétroactif à l'article 29 du traité de 1926, alors que l'article 32 du même traité énonce que *le traité, ce qui doit signifier toutes les dispositions du traité*, entrera en vigueur dès sa ratification. Cette conclusion aurait pu être contredite s'il avait existé une clause ou une raison particulières appelant une interprétation rétroactive. *Il n'existe pas dans le cas présent de telle clause ni de telle raison. Il est donc impossible d'admettre que l'une quelconque de ses dispositions doive être considérée comme ayant été en vigueur à une date antérieure.*»[211]

[211] *Ambatielos, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 40 (les italiques sont de moi).

For, as it is clearly stated in the commentary on Article 24 of the Convention on the Law of Treaties:

> "*when a jurisdictional clause is attached to the substantive clauses of a treaty* as a means of securing their due application, the *non-retroactivity principle may operate to limit* ratione temporis *the application of the jurisdictional clause.* Thus in numerous cases under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Commission of Human Rights had held that it is incompetent to entertain complaints regarding alleged violations of human rights said to have occurred prior to the entry into force of the Convention with respect to the State in question."[212]

* * *

On the basis of the foregoing, I take the liberty of concluding that, in my opinion, the relevant conditions for the entertainment of the case by the Court, relating both to jurisdiction and to admissibility, have not been met.

(Signed) Milenko KREĆA.

---

[212] Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, adopted by the ICL at its Eighteenth Session, UNCLT, First and Second Sessions, Vienna, 26 March-24 May 1968 and 9 April-22 May 1969, *Official Records*, p. 32, para. 2.

Car, comme il est dit sans ambiguïté dans le commentaire relatif à l'article 24 de la convention sur le droit des traités:

> «*lorsqu'une clause juridictionnelle se trouve incluse dans les clauses de fond d'un traité*, dont elle a pour objet de garantir l'exécution, *le principe de la non-rétroactivité peut avoir pour effet de limiter* ratione temporis *l'application de la clause juridictionnelle*. Ainsi, dans de nombreuses affaires relevant de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Commission européenne des droits de l'homme s'est déclarée incompétente pour connaître des requêtes concernant de prétendues violations des droits de l'homme qui auraient été commises avant que la convention n'entre en vigueur à l'égard de l'Etat mis en cause.»[212]

* * *

En considération de ce qui précède, je me permets de conclure que ni les conditions de compétence ni les conditions de recevabilité qui auraient dû être remplies pour que la Cour puisse connaître de l'affaire n'ont été à mon avis satisfaites.

(Signé) Milenko KREĆA.

---

[212] Projet d'articles sur le droit des traités, avec commentaires, adopté par la Commission du droit international à sa dix-huitième session, Nations Unies, *Documents officiels de la conférence sur le droit des traités, première et deuxième session*, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, p. 35, par. 2.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070744-3